Kritiſche Blätter

civiliſtiſchen Inhalts.

In zwangloſen Heften

von

Dr. Alois Brinz,

Privatdocenten an der k. Ludwig-Maximilians-Univerſität in München.

Nr. 1.

Erlangen, 1852.

Verlag von Ferdinand Enke.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Schnellpreſſendruck von C. H. Kunſtmann in Erlangen.

Digitized by Google

Vorwort.

Dieſe Blätter ſind auf die neueſte Literatur gerichtet. Von ihr Kenntniß zu nehmen, durch äußeren Beruf aufgefordert, empfinden wir anderſeits einen Drang, nicht umſonſt zu leſen. Umſonſt würde leſen, wer von dem Geleſenen Nichts, umſonſt wer Alles annähme. So haben wir uns denn zunächſt um unſeres eigenen Nutzens willen auf die Prüfung mehrerer Schriften verlegt und denken dieſelbe fortzuſetzen. Daß aber auch die Literatur ſelbſt einer Kritik bedürfe, daß ſie genauer geprüft ſein will, als es in Recenſionen zu geſchehen pflegt, daß insbeſondere die heutige Jurisprudenz einiger Leſer bedürfe, die, nicht um den Verfaſſer, ſondern einzig und allein um ſeine Lehre bekümmert, Falſches zu vernichten und Wahres zu bekräftigen trachten: das alles liegt am Tage. Umſoweniger wird es begriffen werden, daß gerade der Verfaſſer dieſer Blätter Hand ans Werk legen zu müſſen glaubt. Indeſſen hat ſchon mancher Unberufene den Anfang, der Berufene die Fortſetzung gemacht.

Wiewohl wir uns auf die Literatur des heutigen Römischen Rechts beschränken, muß diesen Blättern die Zeit ihres Wiedererscheinens und weitere Auswahl vorbehalten werden. Historische Schriften, so sehr wir aus ihnen Mittel für unsere Kritik zu schöpfen trachten, werden wir nicht zum Gegenstande derselben machen.

München, den 6. Februar 1852.

Der Verfasser.

Beiträge zum Obligationenrecht, von Dr. Eduard Chambon, Professor der Rechte und außerord. Beisitzer des Schöppenstuhls zu Jena 1851. I. Band.

I.

Die Lehre von dem Contractus aestimatorius.

1.

Für den Vertrag, welchen wir Trödelcontract nennen, haben die Römischen Juristen keinen Eigennamen; auch eine Beschreibung desselben (definitio) liegt nicht vor; nimmt man dazu, daß in den wenigen Fällen, wo ihn die Casuistik aufgreift, nur je einzelne Züge desselben sichtbar werden, — hier Hingabe zum Verkauf, dort Hingabe mit Schätzung, hier die Alternative zwischen Rückgabe und Zahlung, dort das Recht auf den Mehrerlös, — so möchte man zweifelhaft werden und fragen, ob denn die Römer diesen Contract wirklich gehabt, ob wir ihn aus jenen zerstreuten Stücken zusammensetzen, und als Ihr Werk hinstellen dürfen? Daß man bei uns Contractum aestimatorium — denn diesen weiten Namen bekam unser Contract im Mittelalter — von jeher auf das Corpus Juris zurückgeführt hat, ist noch nicht Beweis genug; was alles, könnte man jammern, ist nicht auf das zurückgeführt worden. Ganz anders, wenn Jemand darthäte, daß jene Stücke aus innerer Nothwendigkeit zusammengehören; das wäre nicht nur der heutigen Jurisprudenz, die mit Vorliebe aus der „inneren" Natur der Dinge schöpft, würdig und angemessen; es gäbe in der That keinen schlagenderen Beweis. Gleichwohl müssen wir auf ihn verzichten; denn Chambon, der ihn bei den Römern nicht nur einfach vor-, sondern in römischen „Prinzipien" be-

gründet findet, (S. 1 fgg.) iſt uns mit keinem Zweifel vorangegangen. Allein es gibt noch einen Beweis, der freilich in Vergleich zum vorigen ſehr äußerlicher Natur iſt; dieſen hat Ch. verwiſcht; wir müſſen ihn wieder herzuſtellen ſuchen.

L. 11. pr. D. r. cr. (12, 1) Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris: si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem, vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaestionis est? mihi videtur Nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, nec ne: ut si venalem habui, mihi perierit; quemadmodum si alii dedissem vendendam; quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi jam periisse; et maxime, si sine usuris credidi.

Ulpian vergleicht hier das Darlehen, welches durch Ueberlaſſung einer Sache zum Verkauf, und ihres Erlöſes, vermittelt wird, des periculum wegen, mit einem anderen Contracte, den er blos mit vendendum dare bezeichnet; natürlich denkt er dabei an einen beſtimmten einzelnen Contract, ſonſt könnte er nicht vergleichen; die Worte vendendum dare, ſo allgemein ſie an ſich ſind, ſcheinen ihm genügend, ſeinen Leſern zu ſagen, was er für einen Contract meine. Man hat nun immer angenommen, Ulpian meine unſeren Trödelcontract, und dieſe Stelle unter einigen anderen zur Beantwortung der Frage benützt, wer im Trödelcontracte die Gefahr habe. Aber Chambon weicht, wie wir weiter unten ſehen werden, in der Beantwortung dieſer Frage von der gewöhnlichen Meinung ab; ſeine Meinung widerſtrebt den in dieſer Stelle über das periculum im vendendum dare niedergelegten Grundſätzen; es war ſeine Aufgabe, zu zeigen, daß hier vendendum dare nicht den Trödelcontract bezeichne. Dies thut er folgendermaſſen: „Diejenigen Momente, „welche zu der Annahme führen müßten, daß Ulpian einen Trödelver„trag bei jenen Worten im Sinne gehabt habe, beſonders die bei dem „letzteren unerläßlich nothwendige Aeſtimatio findet ſich in l. 11. cit. „mit keiner Sylbe erwähnt. Es kann der Juriſt ebenſogut an ein Ver„kaufsmandat gedacht haben, denn auch bei dieſem, und hier vor „Allem iſt es charakteriſtiſch, daß der die Sache Hingebende ein Intereſſe „bei dem Verkauf derſelben gehabt habe, ja es muß ſogar hier eine Ver-

„weiſung auf das Mandat angenommen werden, da nur die für dieſes, „nicht auch die für den Contractus aestimatorius nothwendigen Voraus„ſetzungen erwähnt ſind, und wir von Ulpian eine genaue Ausdrucks„weiſe zu erwarten Urſache haben." (S. 85.)

Wir müſſen bemerken, daß vendendum dare für ein Verkaufsmandat keine genaue Ausdrucksweiſe iſt. Das bloße Wort vendendum dare bedeutet nichts anderes, als dare ut venderet, dem Worte läge demnach nichts näher, als eine donatio sub modo*). Wir wiſſen keine Stelle, in der vendendum dare für ein Verkaufsmandat gebraucht wird**); aber aus Papinian referirt Ulpian den Ausdruck: rem vendendam mandavit ***): Das iſt genau geſprochen. — Aber Ulpian kann hier von einem Verkaufsmandate gar nicht, weder genau, noch ungenau, geſprochen haben. Zu ſeiner Vergleichung bedarf er eines Contractes, deſſen Zweck, der Verkauf, entweder im Intereſſe des Gebers, oder in dem des Empfängers liegt; dazu taugt das Mandat nicht; denn der Auftrag an den Empfänger, daß er sua gratia verkaufe, iſt kein Mandat mehr†).

Um zu ſagen, was Ulpian unter dem vendendum dare für einen Contract verſteht, können wir nicht ſicherer gehen, als wenn wir dieſen Ausdruck in anderen Stellen aufſuchen. Ueberall da, wo man immer unſeren Trödelcontract zu finden geglaubt hat, taucht er auf; in Verbindung bald mit dieſem, bald mit einem anderen Stücke dieſes Contractes††). Daß alle dieſe einzelnen Stücke zuſammengehören, kann deswegen, weil ſie nur vereinzelt vorkommen, nicht geläugnet werden; die vereinzelte Hervorhebung wird durch die verſchiedenen caſuiſtiſchen Zwecke der einzelnen Stellen gerechtfertigt. Ein poſitiver Beleg aber, daß ſie

---

*) L. 2. §. 7. D. don. (39, 5.) Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret.

**) Vergl. l. 57. l. 5. §. 3. D. mand. (17, 1).

***) L. 13. §. 25. D. act. emti. (19, 1). cf. l. 15. §. 2. D. 44, 3.

†) L. 2. pr. D. aestim. (17, 1).

††) L. 1. pr. D. aestim. (19, 3): — cum res aestimata vendenda datur —; l. 13. pr. D. pr. v. (19, 5): Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes —; l. 44. D. pro soc. (17, 2): Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea X. vendidisses, redderes mihi decem; si pluris quod exeedit, tu haberes —; l. 17. §. 1. D. pr. v. (19, 5): Si margarita tibi aestimata dedero „ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum." (Hier wird des Verkaufs nachher gedacht. Vergl. Paul. R. S. II. 4. §. 4.)

zuſammengehören, liegt darin, daß ein gewiſſer Terminus immer wiederkehrt. Vendendum dare iſt ein Terminus, ſonſt hätte Ulpian den an ſich unbeſtimmten Ausdruck in l. 11. cit. nicht für einen beſtimmten Contract gebraucht. Geht nun aber das vendendum dare in jenen anderen Stellen auf den Trödelcontract, ſo werden wir es auch in l. 11. cit. darauf beziehen müſſen. Aller Zweifel verſchwindet, wenn wir an die Gleichmäßigkeit denken, womit das periculum für das vendendum dare hier und in l. 17. §. 1. cit. und Paul. R. S. cit. beſtimmt wird.

Ulpian hat alſo in l. 11. cit. von dem Trödelcontracte geſprochen; er hat ihn „vendendum dare“ genannt, und zwar nicht ungenau; denn er hat das Ding bei ſeinem Namen genannt. Der römiſche Name für unſeren Trödelcontract iſt vendendum dare; die Römer hatten für ihn zwar keinen Eigennamen wie wir, wohl aber einen eigenen Namen.

Das iſt jener äußere Beleg, den wir vor Chambon's Auslegung ſchützen zu müßen glaubten: das vendendum dare in l. 11. cit. Faſſen wir alles zuſammen, was dieſer Name in ſich vereinigt, ſo bekommen wir folgenden Beſchrieb: Si rem aestimatam vendendam tibi dedero, ut aut eandem mihi afferres aut pretium, quove pluris vendidisses, tibi haberes. Das iſt unſer Trödelcontract. Das vendendum dare von den übrigen Beſtandtheilen des Geſchäftes abgeſtreift, wurde zur terminologiſchen Bezeichnung. So ſind viele Namen entſtanden, z. B. der des Interdictes: Quorum bonorum; dem unſeren ganz ähnlich iſt das utendum dare für das Commodat.

Daß die Römer den Trödelcontract auch wirklich hatten, darüber haben wir uns noch aus einem anderen Grunde vergewiſſern müſſen; denn bei der nun folgenden Prüfung bedürfen wir der römiſchen Theorie.

2.

„Man iſt erſtens darüber nicht einig, ob es ein ganz beſonderer „Contract, oder nur eine Species mandati, locationis vel Vendi„tionis ſei,“ ſchreibt Kreitmayr*) und damit nur den Anfang einer Litanei voll Schwierigkeiten und Streitigkeiten. Leyſer**) klagt

*) Annot. zum Cod. Bav. Max. P. IV. c. 12. §. 4.

**) Spec. 221. Contr. aest. §. 1. — nequeo dissimulare mihi contractus aestimatorii explicationem suscipienti nsuseam suboriri. Movent eam Legum, quae de hoc contractu agunt, obscuritas atque inter se pugna, e Doctorum circa praecipuas quaestiones dissensus — et praeterissem hanc Doctrinam

über die unangenehmen Wirkungen, die deshalb der Contractus aestimatorius auf ihn mache, gleichwohl könne er ihn nicht liegen laſſen, weil er in foro gar oft vorkomme. Wir dürfen es alſo Ch. nicht ſo ganz glauben, daß dieſer Contract einer der Unglücklichen ſei, deſſen Bedeutung unterſchätzt und deſſen Schwierigkeit niemals recht eingeſehen worden (S. 1); jedenfalls ſoll unſererſeits, durch die Sorgfalt, mit der wir die Hauptpunkte von Chambon's Arbeit erwägen wollen, gezeigt werden, daß wir dem Trödelcontract ſein Recht angedeihen laſſen möchten.

Die Lebensfrage für ihn nun aber iſt die, ob er ein eigener Contract ſei? Müſſen wir ihn vielleicht als überzählig aufgeben, oder doch von dem Range eines Contractes zu dem bloßen Anſtrich verſchiedener anderer Contracte herabwürdigen, ſo daß dann auch vendendum dare kein Contractsname, ſondern Eigenſchaftswort für einen oder mehrere Contracte wäre?

Zur Gewißheit hierüber kann nur kommen, wer, wie Chambon im VI. und letzten Stücke ſeiner Abhandlung thut, unſeren Contract mit anderen vergleicht; iſt er kein anderer, dann iſt er ein eigener. An die Römiſchen Juriſten, wiewohl auch ſie dieſe Diagnoſe geſtellt haben, brauchen wir uns hiebei nicht zu binden: in ſolchen Dingen bindet uns kein anderes Geſetz als das der Wahrheit. Von dieſer Freiheit hat Chambon Gebrauch gemacht.

1. Die Römiſchen Juriſten verglichen unter anderem mit der locatio conductio. Desgleichen Chambon (S. 97. Nr. 2). Aber jene vergleichen nur mit der l. c. operis und l. c. operarum*); Ch. dagegen vergleicht mit der l. c. rei und operarum; die l. c. operis läßt er aus. In dieſem Stücke hätte Ch. doch nun wohl beſſer gethan, wenn er in die Fußſtapfen Ulpian's getreten wäre; denn wie mag man das vendendum dare mit einer l. c. rei vergleichen! Sachen werden gemiethet zu dem frui licere; kein Gedanke daran bei dem vendendum dare. Hingegen läßt ſich das Verkaufen nicht blos als Arbeiten (operae), ſondern auch als Arbeit (Werk), als ein Gearbeitetes (opus) faſſen: warum ver-

---

lubens, ni frequens ejus in foro usus me abstinere volentem pudore suffudisset.

*) „An ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem —?“ l. 1. pr. D. aestim. (19, 3).

gleicht Ch. nicht mit der l. c. operis? — Die Römiſchen Juriſten haben zu erkennen gegeben, daß unſer Contract trotz aller Aehnlichkeit mit der l. c. operis und operarum doch keine locatio conductio ſei; warum das haben ſie nicht geſagt. Mehr verbreitet ſich hierüber Chambon. Was er über den Unterſchied von der l. c. rei geſagt hat*), wollen wir nicht beleuchten; um ſo mehr geht uns an, was wir über den Unterſchied von der l. c. operarum leſen: es ſei kein Zweifel, „daß die Un„entgeltlichkeit der Bemühung, welcher ſich der Trödler unterzieht, vor„zugsweiſe die Römiſchen Juriſten abhielt, das durch Uebergabe einer „res aestimata vendenda abgeſchloſſene Uebereinkommen unter den Ge„ſichtspunkt der (Dienſt) Miethe zu bringen.“ (S. 99).

Alſo die Unentgeltlichkeit der Bemühung, welcher ſich der Trödler unterzieht, unterſcheidet dieſen von einem Taglöhner. Allein daß der Trödler umſonſt arbeite, will uns ſelbſt für diejenigen Fälle, welche Ch. beſonders hervorhebt: „wo entweder der Verkauf der Sache an den dritten „gar nicht oder nur für den äſtimirten Preis erfolgte,“ nicht ganz richtig dünken. Denn in ſeinem Herzen wenigſtens arbeitet der Trödler nicht minder als der Taglöhner allemal um Lohn; niemals iſt ſeine Leiſtung ein gratuitum; niemals unterſcheidet er ſich von dem Taglöhner dadurch, daß er um keinen, ſondern immer nur dadurch, daß er um keinen gewiſſen Lohn arbeitet; nur deswegen weil und nur inſoweit als er um keinen gewiſſen Lohn arbeitet, kann er auch keinen bekommen. Alſo ſagen wir: die Ungewißheit des Lohnes macht den Unterſchied, aber nicht nur von der l. c. operarum, ſondern auch von der l. c. operis.

Ein winziges Ding, dieſe Vergleichung des Trödelcontractes mit der loc. conductio operarum, und doch macht ſie uns mehr Arbeit, als wir dem Leſer wünſchen. In l. 2 d. h. t. nämlich ſteht ein Wort, das gegen uns beide, gegen Chambon wie gegen mich zu ſprechen ſcheint:

---

*) „Das Miethverhältniß geht auf Ueberlaſſung einer Sache zur Benutzung für „einen beſtimmten Preis und Reſtitution derſelben nach beendigtem Gebrauch, beim „Trödelvertrag iſt die Abſicht der Partheien auf Veräußerung der Sache gerichtet, „die Reſtitution derſelben iſt zwar möglich, aber ſie tritt eben nur dann ein, wenn „der eigentliche Zweck nicht erreicht wird. Das regelmäßige Reſultat „des Contractes würde alſo die actio locati ausſchließen und „gewiß haben auch die Römiſchen Juriſten viel weniger bei Lei„ſtung des pretii, als dann an dieſelbe gedacht, wenn die Sache „ſelbſt zurückgegeben und eben dadurch die venditi actio ausge„ſchloſſen wurde.“ S. 97 u. 98.

Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

Eine merces und dennoch die aestimatoria; wo aber merces, ist nicht nur nicht kein Lohn, sondern auch kein ungewisser Lohn mehr, sondern ein fester. Also durch Ungewißheit des Lohnes eben so wenig als durch Unentgeltlichkeit dürfte sich unser Contract vor der l. c. operarum ausgezeichnet haben. Gleichwohl bleiben wir beide bei unseren Behauptungen; wir wollen sehen was Chambon sagt.

„Zunächst kann die angeführte Stelle (l. 2. cit.) darüber keinen „Zweifel herbeiführen, daß die Unentgeltlichkeit der Bemühung, welcher „sich der Trödler unterzieht, vorzugsweise die Römischen Juristen abhielt, „das durch Uebergabe einer res aestimata vendenda abgeschlossene Ue„bereinkommen unter den Gesichtspunkt der Miethe zu bringen. Es wird „in der l. 2. cit. die Klage auf den bedungenen Lohn nur utiliter zuge„lassen und hiemit hinlänglich bewiesen, daß dieser Fall einerseits die „Ausnahme, nicht die Regel, anderseits für ihn die Klage nicht gegeben, „sondern nur auf ihn ausgedehnt war." Wird die Klage wirklich nur utiliter zugelassen? Paulus sagt nur, diese Klage sei auch utilis für den Fall bedungenen Lohnes; er sagt nicht, sie sei utilis actio, d. h. nur ad exemplum aestimatoriae actionis. Er sagt es nicht und kann es nicht sagen, nach dem Begriffe, welchen wir von einer utilis actio, und Ch. von dem Trödel-Contracte hat. Wenn die legis Aquiliae actio utiliter einem Nichteigenthümer gegeben wird, so wird der Gedanke daran, daß die Musterklage nur dem herus zusteht, nicht aufgegeben; Kläger muß denn doch, wenn nicht plenum jus, so doch rem in bonis, oder aber einen ususfructus, und wenn nicht die Sache in ihrem ganzen Umfang, so doch zu gewissen Theilen haben *). Die extensive Klagengewährung generalisirt den ursprünglichen Fall, aber sie negirt ihn nicht; ist die aestimatoria für einen unentgeltlichen Contract eingeführt, so kann sie auf einen entgeltlichen nicht „ausgedehnt" werden. Zudem ist uns nicht bekannt, daß eine praescriptis verbis actio jemals utiliter gegeben wurde, oder gegeben werden mochte.

„Allein weiter war auch bei den Römern nach Einführung des in „der l. 2. cit. ausgesprochenen Rechtssatzes, und ist in unserem heutigen „Recht der Trödelvertrag mit merces der Dienstmiethe ebensowenig gleich„zustellen, als jede für eine Dienstleistung festgesetzte Vergütung den Cha-

*) L. 13. pr. l. 17. §. 3. l. 27. §. 32. D. leg. Aq. (9. 2).

„rakter eines Dienſtlohnes an ſich trägt. Bei dem contractus aestimatorius „wird eine merces als Remuneration für die Bemühung meiſt nur unter der „Vorausſetzung verſprochen, daß der Weiterverkauf wirklich zu Stande „kommt, ſo daß dieſelbe viel eher mit einem Proxeneticum als mit einem „Miethpreiſe auf gleicher Linie ſteht.“ Wird eine merces nur für den Fall des Weiterverkaufes ausgemacht, ſo iſt das zwar keine l. c. operarum, denn dann hätte der conductor für ſeine operae möglicherweiſe nichts; dagegen paßt es zu der l. c. operis, daß der Empfänger auf die merces nur Anſpruch hat, wenn er wirklich verkauft, d. h. das bedungene opus zu Stande gebracht hat. Wird alſo die merces, von der Paulus ſpricht, meiſt ſo bedungen, wie Ch. ſagt, warum gibt dann Paulus nicht meiſt eine actio locati conducti operis? „Selbſt wenn ſich aber „der Trödler ohne Rückſicht auf das Reſultat ſeiner Bemühungen ein be„ſtimmtes Entgelt ausmacht, iſt ſo lange keine Dienſtmiethe vorhanden, „als der Trödler einerſeits ſich von dem abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäft „durch Reſtitution der Sache ohne Weiteres losmachen kann, anderſeits „nach der Veräußerung an einen Dritten unbedingt für die Aeſtimations„ſumme verhaftet bleibt, und hiermit die Gefahr für die Negotiation „trägt.“ Nichts verwendet Ch. zu ſeinen Unterſcheidungen lieber, als das periculum, und doch iſt nichts unbrauchbarer dazu. Sogar der Depoſitar und Mandatar können es übernehmen *) und bleiben dennoch Depoſitar und Mandatar; Beweis genug, daß der Charakter eines Contractes ſich nicht nach dem periculum richtet und ändert; es macht die obligatio ſtärker, aber zu keiner anderen. Soll ſich das vendendum dare von der l. c. operarum durch das periculum unterſcheiden, ſo muß es ſich dadurch auch unterſcheiden, wenn ſie in allem übrigen gleich ſind; ſind ſie aber in allem übrigen gleich, woher kommt es, daß ſie in Betreff des periculum ungleich ſind? Aber laſſen wir das periculum; Ch. gibt als einen anderen Unterſchied den, daß „der Trödler — ſich von dem „abgeſchloßenen Geſchäfte durch Reſtitution der Sache ohne Weiteres los„machen kann.“ Aus obigen Worten allein wiſſen wir nicht ſicher, ob Ch. dieſes Stück des Trödelcontractes für ein weſentliches Stück hält, oder für ein gewöhnliches oder für ein beliebiges; aber nach einem ander-

*) L. 39. D. mand. (17, 1) cf. l. 23. D. r. j. — haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus (contractui) dedit. —

weitigen Ausdrucke zu ſchließen *), hält er es für ein weſentliches. Wir hätten alſo in dem Trödelcontracte eine Verpflichtung zu denken, die derjenigen, welche der Mandatar und der Socius übernimmt, in einem Stücke nothwendig gleich iſt: darin, daß der Empfänger das übernommene Geſchäft, wenn er nur will, nicht auszuführen braucht. Allein woher weiß man denn, daß dies dem Trödelcontracte weſentlich iſt? Das „Bewußtſein" verſagt uns diesmal den Dienſt. Aus den Quellen iſt es ebenſowenig darzuthun. Man wird ſich nicht auf die Alternative „ut aut eadem afferres aut pretium eorum" ſtützen wollen, weil eben nur dieſe, und ſonſt keine Verpflichtung übernommen worden ſei; eine ſolche Wortauslegung geht bei b. f. negotiis nicht an, und b. f. negotium war unſer Contrakt ſchon bei den Römern: l. 1. pr. D. h. t. Der Umſtand, daß die Römer mit der l. c. operarum verglichen, beweiſt uns, daß ſie denjenigen qui vendendum dat, als Einen betrachteten, der Dienſte ſucht und löhnt, oder feilgebotene annimmt: der Gedanke an einſeitigen Rücktritt konnte hier nicht aufkommen. Aber ſie verglichen auch mit dem Mandat; das iſt ein Zeichen, daß ihnen derjenige, qui vendendum dat, nicht immer daſſelbe Geſicht zu haben ſchien; tritt er dort auf wie ein Dienſtherr, ſo gibt er hier Vollmacht und Auftrag; dort erſuche ich den Antiquar, mir Bücher zu verkaufen, und handle mit ihm aus auf feſten oder ungewiſſen Lohn; hier ſchicke ich ſie ihm zu, mit dem Auftrag, ſie ſo und ſo zu verkaufen. In letzterem Fall wird der Antiquar, wenn er gleich ſchon ſeine Einwilligung gezeigt hatte, offenen Rücktritt haben. So meinen wir ſei die Frage nach dem Recht des beliebigen Rücktritts quaestio facti, und enthalten in der Frage nach der jedesmaligen **) Geſtalt unſeres Contractes, der bald mehr einer locatio conductio oder einem Kauf, bald mehr einem Mandate gleich ſieht. Durch den einſeitigen Rücktritt alſo wäre der Trödelvertrag von der l. c. operarum nur dann verſchieden, wenn man ihn mit ihr gar nicht mehr vergleichen darf: wenn er eine ganz andere Intention, z. B. die eines Mandates hat. Wo nun aber ſo wie in l. 2. cit. eine merces bedungen iſt, da hat der Trödelcontract Sinn und Geſtalt einer locatio conductio; da konnte Paulus nicht an einſeitigen Rücktritt gedacht und nicht ſeinethalben die actio locatio conducti nicht zugelaſſen haben. —

---

*) S. 78. „Das Charakteriſtiſche bei dem Trödelvertrag war das freie Wahlrecht „des Trödlers, ob er die Sache ſelbſt oder das Pretium reſtituiren — wollte."

**) Vgl. über das veränderliche Weſen unſeres Contractes Puchta, Vorl. §. 313.

„Merces intervenit“ will ſagen, daß die merces nur als ein Acceſſorium zu den üblichen Beſtandtheilen des Contractes hinzutritt; daß wir wie ſonſt eine Hingabe mit Schätzung und Einräumung des Mehrerlöſes, daneben aber als außerordentliche Zuthat eine merces, daß wir neben dem ungewiſſen Lohn einen gewiſſen, ſei es für opus faciendum, ſei es für die operae zu denken haben. Wie man in Bayern unglücklichen Notaren durch einen kleinen Gehalt einen feſten Punkt hat bieten wollen, ſo kann der Herr der Waare durch einen gewiſſen Lohn zur Verdienung des ungewiſſen aneifern wollen; der ganze Lohn wird dadurch, daß ein Theil desſeben gewiß iſt, nicht zum gewiſſen; wegen der noch immer vorhandenen Ungewißheit des Lohnes iſt der Contract noch immer keine locatio conductio.

2) Die Römer vergleichen auch mit dem Mandat. Warum? „Es „iſt zweifellos, daß, ſobald eine Sache zum Verkauf übergeben wird, der „Tradent von dem Empfänger eine gewiſſe Thätigkeit erwartet, durch „welche die weitere Veräußerung herbeigeführt, alſo die dem Vertrag zu „Grund liegende Abſicht realiſirt werden ſoll. Eine Gleichmäßigkeit der „Verhältniſſe bei dem contractus aestimatorius und dem Mandat, iſt „mithin nicht blos rückſichtlich der rein äußerlichen, factiſchen Umſtände, „ſondern auch hinſichtlich der nächſten Intention der Partheien allerdings „vorhanden, und es iſt dieſem Moment insbeſondere zuzuſchreiben, wenn „die Römer den Verſuch machten, die actio mandati zur Anwendung zu „bringen —“ (Eh. S. 102). Wir haben hingegen nichts aus-, ſondern nur etwas hinzuzuſetzen. Das facere, welches der Uebernehmer der Waare zuſagt, dünkt uns an und für ſich betrachtet noch zu unentſchieden, als daß es an ein Mandat erinnern könnte; entſcheidend iſt erſt die Form, in der es zugeſagt wird, ob in der der Unterwerfung unter einen Auftrag, oder in Geſtalt eines Verſprechens auf Anfrage. Das vendendum dare kann in Form eines Auftrags von ſtatten gehen, und in ſoweit mochten die Römer an ein Mandat denken. Aber nächſtdem mußte noch ein anderer Punkt an das Mandat mahnen: es möchte ſein, daß der Uebernehmer wenigſtens nicht immer Eigenthümer der Waare wurde, ſo daß er eine fremde Sache verkaufte; um einen ſolchen Verkauf auch für den Herrn der Waare verbindlich zu machen, bedarf er einer Vollmacht, und inſoweit ſteckt etwas von einem Mandate in dem Trödelcontract. Eh. findet noch einen weiteren Vergleichungspunkt, indem er fortfährt: „Die Gratuität des Mandats erſchien hiebei um ſo förderlicher, als die „Miethklage eben wegen des Mangels an einer merces zurückgewieſen

„werden mußte, und die Unentgeltlichkeit der aufgetragenen Geſchäfts-„führung als Unterſchied des Mandates von dem Trödelvertrag, bei dem „eine merces vorzukommen pflege, anzugeben, wie es Cocceji thut, iſt „deshalb völlig verwerflich, weil auch bei dem Mandat ſpäter eben ſo gut „ein Salarium vorkam, als bei dem contractus aestimatorius.“ Wir ſehen die Beharrlichkeit, mit welcher Ch. nicht nur an der Unentgeltlichkeit, ſondern an der Gratuität des Trödelcontractes feſthält; aber indeſſen ziehen die Hauſirer durch das Land und nagen an der Verdienſtgelegenheit, die ihnen der Kaufherr in dem Mehrerlös geboten, ihren Pfennig ab. Wir haben gemeint, ſie ſchachern um ihren Pfennig, nach Ch. thun ſie alles ex officio atque amicitia *). Gäbe das Ch. als ſeine eigene Anſicht, wir wollten ſie noch einmal prüfen; nun er ſie aber auf die „Römer“ zurückführt, brauchen wir nur zu ſehen:

> Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati — esse actionem — quia — mandata gratuita esse debent etc. etc. l. 13. D. pr. v. (19, 5).

Alſo die Quellen unterſcheiden ausdrücklich deswegen, weil die Leiſtung des Trödlers kein gratiutum iſt. Allein ſpäter kam ja auch bei dem Mandate ein Salarium vor. Es kam und kommt vor, aber nicht für ſolche Dienſte, wie ſie Taglöhner und Handarbeiter zu leiſten pflegen; obwohl ſie ſich zahlen ließen, ſchienen ſie doch zu vornehm für die gemeine locatio conductio operarum; Dienſtmiethe liegt vor und Mandat nennt man es; mit dieſem Zwitterding darf man nicht vergleichen, wenn man mit dem Mandate vergleichen will. Vergleicht man dennoch, ſo muß man mit beiden getrennt vergleichen: mit dem was es iſt, und davon iſt der Trödelcontract durch Ungewißheit des Lohnes verſchieden — mit dem, was es heißt, und davon iſt er durch Abſicht auf Lohn verſchieden.

Ulpian weicht von Chambon darin ab, daß erſterer in der Gratuität den Differenz-, letzterer einen Vergleichungspunkt findet. Aber worin nun ſieht Ch. den Unterſchied? Auch unſere ältern Juriſten haben verglichen; allein meiſtens iſt man, ſagt Ch., fehlgegangen, zuweilen hat man einen richtigen Punkt, aber „niemals das eigentliche Weſen „und die innere Natur der mit einander verglichenen Rechtsverhältniſſe“

*) L. 1. §. 4. D. mandati (17, 1).

getroffen (S. 101); bald hierauf gibt Ch. seine Unterscheidung: „Der „Trödler kann sich von seiner contractmäßigen Haftung selbst durch den „gewissenhaftesten Weiterverkauf, also durch Leistung der Geschäftsthätig„keit nicht befreien, und eben deshalb handelt er, wenn er die Negotia„tion vornimmt, für sich, er führt sein eigenes, nicht ein fremdes Ge„schäft." (S. 103). Hierin und „in den weiteren Consequenzen" hievon, also wiederum in der größeren Stärke der Haftung soll nicht nur der Unterschied vom Mandat, sondern das „eigentliche Wesen ꝛc. ꝛc." getroffen sein. Wenn es nur wahr wäre, daß der Trödler also stark hafte oder haften müsse, daß er z. B. an den Herrn keinen Regreß habe, wenn er wegen Eviction hat herhalten müssen — wir wollten uns schon mit der bloßen Wahrheit begnügen und den Blick in die innere Natur Anderen überlassen; vorerst zweifeln wir an der bloßen Wahrheit, und sind jedenfalls mit Ulpians Unterscheidung zufrieden.

3) „Propter aestimationem" meinten die Römer könne man an einen Kauf denken, wie sie denn auch mitunter statt aestimatio pretium setzten; gleichwohl ließen sie die Kaufklage nicht zu*); den Grund geben sie nicht an. Auch Ch. glaubt, daß diese beiden Contracte verschieden, ja daß sie „prinzipiell" verschieden seien, und gibt auch den Grund an: „das Moment, welches den Trödelvertrag von dem Kaufe prinzipiell unter„scheidet, ist die in dem Wesen des ersteren liegende Möglichkeit, daß die „zum Verkauf hingegebene Sache selbst restituirt wird." (S. 93). Auch beim Kaufe liegt die Möglichkeit vor, daß die Sache restituirt wird: ein Einwand, den sich Ch. selber macht; wenigstens sucht er sofort den Trödelvertrag von einer emtio ad gustum, von einer emtio mit der Nebenbestimmung si placuerit, si displicuerit, und von der mit einem pactum de retroemendo zu unterscheiden; denn in allen diesen Fällen und noch in mehreren, wegen ädilitischer Mängel, ob laesionem enormem, überhaupt bei Rescissionen und Resolutivbedingungen kommt es oder kann es zu Restitutionen kommen. Inwiefern nun ist dennoch durch die Restitutionsmöglichkeit der Trödelvertrag vom Kaufe verschieden? Das ist die Frage, die beantwortet werden mußte; statt dessen führt uns Ch. zu neuen Distinctionen zwischen dem Trödelvertrage einerseits, und dem Kaufe ad gustum etc. anderseits S. 94—97. Wir halten uns an jenes prinzipiell unterscheidende Moment und fragen abermals: in wiefern ist die Resti-

*) L. 1. pr. h. t. l. 13. D. pr. v. (19, 5).

tutionsmöglichkeit ein ſolches Moment? Ich glaube, daß ſo wie Ch. keine Antwort gibt, keine gegeben werden kann. Hier und dort kann reſtituirt werden; hier und dort kann oft nicht mehr reſtituirt werden; ob mehr oder minder oft, das macht keinen Unterſchied. Uebrigens ſind wir mit Ch. der Anſicht, daß ſich der Unterſchied allerdings um das Heimſchlagen der Waare dreht; aber während Ch. den Ton auf die Möglichkeit, auf das Heimſchlagen-Können legt, liegt er uns in dem Sollen, darin daß im Trödelcontract die Zurückgabe, wenn gleich nur alternativ, in obligatione iſt. Das kommt bei dem Kaufe nicht vor.

Chambon gibt zu, daß der Kauf von dem Trödelcontracte prinzipiell verſchieden ſei. Man ſollte meinen, daß hiemit die Sache abgethan, und ein für allemal der Trödelvertrag kein Kauf ſei. Wenn ferner in den Quellen unſerem Contracte die Kaufsklagen verſagt ſind, ſo ſollte man gleichfalls meinen, ſie ſeien für immer verſagt. Anders Chambon: der Trödelcontract ſei zwar keine venditio, aber eine conditionalis venditio; zwar nicht gleich anfangs, ſondern nachher, wenn die Bedingung eingetreten, finde die Kaufsklage ſtatt (S. 76. Nr. 2 sqq. cf. S. 12 sqq. über die Klage insb. S. 29 oben und S. 98 oben): „— Unter „conditionalis venditio haben wir hier nicht ſowohl einen unter einer „Bedingung abgeſchloſſenen Kauf, als vielmehr ein Rechtsgeſchäft zu „verſtehen, das nach den in ihm liegenden factiſchen Vorausſetzungen die „Natur eines Kaufes erhalten kann, wenn ein gewiſſes unbeſtimmtes und „in der Zukunft liegendes Ereigniß eintritt.“ (S. 78 unten). Auf die Frage, was das für ein unbeſtimmtes und in der Zukunft liegendes Ereigniß ſei, bekommen wir (S. 77) folgende Antwort: „—Zweitens iſt „in Folge der Aeſtimation das Rechtsgeſchäft den Charakter eines Kaufs „anzunehmen geeignet, wenn die Schätzungsſumme an die Stelle der „Sache nicht im Falle ihres Untergangs, ſondern nach der willkürlichen „Wahl des Empfängers treten ſoll. Dies iſt der Fall des Trödelver„trags. Auch hier entſteht ein Kauf, ſobald der Trödler ſich ent„ſchieden und dadurch die Aeſtimationsſumme den Charak„ter eines Kaufpreiſes erhalten hat.“ Hier gerathen wir auf Bedingungen, von denen nicht das Daſein eines Rechtsgeſchäftes, ſondern die Entſcheidung darüber abhängt, ob ein vorhandenes Rechtsgeſchäft nicht nachträglich zu einem anderen werde. Es iſt nicht bloß der Trödelcontract, welcher derart umſchlagen kann: „Mag „— der Vertrag ſein, welcher Art er will, durch die Aeſtimatio (wenn „„durch ſie die Gefahr für den die abgeſchätzte Sache treffenden Zufall

„übertragen werden ſoll") kommt zu ihm hinzu eine conditionalis ven„ditio, die Bedingung der Exiſtenz des Kaufs iſt der Untergang der äſti„mirten Sache." (S. 12 unten). Nach Chambons weiterer Ausführung (S. 13—21) werden z. B. der Pächter, der Commodatur, der Pfandgläubiger zu Käufern — wann? wenn das Kaufsobject untergeht. Wir brauchen nicht auszuführen, daß es kein Rechtsgeſchäft gibt, welches aus einem anderen entſpringt; es gibt kein Rechtsgeſchäft außer demjenigen, welches von den Partheien abgeſchloſſen wird; wird ein Trödelcontract abgeſchloſſen, ſo iſt kein Kauf da, und kann daraus niemals einer werden. Indeſſen führt Ch. jenes Unding auf die Quellen zurück: „Daß für ein derartiges Verhältniß die Römer ſelbſt den Aus„druck conditionalis venditio gebrauchten, bezeugt — l. 10. §. 5. D. j. d. (23, 3): Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit? Et hoc consequens est dicere. Nam cum sit conditionalis venditio, pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere mulieri periisse: quia nondum erat impleta venditio: quia aestimatio venditio est. „Hier beſpricht Ulpian den Fall, wenn Dotalobjecte in der Weiſe ab„geſchätzt werden, daß ſofort durch die Aeſtimatio ein Kauf entſtehe, „und bemerkt dabei, für deſſen Exiſtenz ſei (aber) eine nothwendige Vor„ausſetzung der Abſchluß der Ehe, bis dahin die venditio eine condi„tionalis. Auch hier wollen die Partheien nicht einen Kauf unter einer „Suſpenſivbedingung eingehen, ſondern eine dos beſtellen, und nur durch „die Art und Weiſe, wie dies geſchieht, entſteht ein Verhältniß, welches „ſofort die Natur des Kaufs annimmt, ſobald das weitere Ereigniß des „Eheabſchluſſes hinzukommt." Die Partheien wollen keinen Kauf unter einer Suſpenſivbedingung eingehen, ſondern eine Dos beſtellen; die Partheien wollen nicht Eigenthum übertragen, ſondern ſchenken, ſie wollen keine Bürgſchaft, ſondern eine Interceſſion — ſie wollen nicht irgend eine beſtimmte Art der Dosbeſtellung, ſie wollen nur das Genus der Dosbeſtellung in ſeiner Abſtractheit, in ſeiner Unausführbarkeit! Oder was iſt denn dieſe Dosbeſtellung bis zu dem Augenblicke, wo ſie zum Kaufe wird? Denn irgend eine beſtimmte Art Rechtsgeſchäft, promissio, datio etc. muß ſie ſein, um nur vorkommen zu können. Sie kann auch als venditio vorkommen: der Mann bekommt Sachen zu beſtimmtem Preis, darf aber letzteren durante matrimonio behalten; dieſer Kauf iſt ante nuptias noch ein bedingter; ein ſolcher ſuspenſivbedingter Kauf iſt die conditionalis venditio der Stelle. Nebenbei bemerkt, ſpricht ſie auch da-

von, daß Untergang der Sache den annoch ſchwebenden Kauf aufhebe; Ch. läßt einen Kauf aus dem Untergang entſpringen.

Chambon hat die Wirkungen des Geſchäftes, welche denen eines Kaufs ähnlich werden können, mit dem Geſchäfte ſelbſt verwechſelt; weil der Trödelcontract je nach Umſtänden wie ein Verkauf wirken kann, wird er nicht nachträglich ſelbſt zum Verkauf.

4. Endlich vergleichen die Römiſchen Juriſten noch mit der Societät, aber wie es ſcheint nicht recht ſicher:

l. 13. pr. D. pr. v. (19, 5). Ulp.: Si tibi rem vendendam certo pretio deissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati neque pro socio esse actionem — quia — socieas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.

l. 44. D. pro soc. (17, 2). Utp.: Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem: Si pluris, quod excedit, tu haberes: mihi videtur, si animo societatis contrahendae id actum sit, pro socio esse actionem; si minus praescriptis verbis.

Wir dürfen nicht zweifeln, daß hier und dort dieſelbe Contractsart, das vendendum dare vorliegt; namentlich iſt gewiß, daß hier wie dort der Herr der Waare ſich eine beſtimmte Summe ausbedingt; allein dort erſcheint dieſer letztere Umſtand als Hinderniß der Societät, hier nicht. Wem das auffällt, der merke noch, daß beide Stellen den Namen desſelben Juriſten tragen.

Die Gloſſe, die Scholien zu den Baſiliken, (ed. Heimb.) Cujacius*) betrachten freilich l. 44. als lex specialis, als bloßen Zuſatz zu der generelleren l. 13. pr.; wir möchten uns auch anſchicken, das für richtig zu halten; in l. 13. pr. hätte dann Ulpian geſagt: „wer ſich ſo wie der Herr der Waare einen feſten Preis ausbedingt, ſcheint keine Societät gewollt zu haben" — und dabei gedacht: „war dennoch eine Societät gewollt, dann freilich ſteht jene Bedingniß nicht im Wege;" was hier gedacht, das hätte dann Ulpian in l. 44. ausdrücklich geſagt. Allein l. 13. pr. ſträubt ſich denn doch gegen dieſe Ausſöhnung mit ihrer Parallele; laſſen wir die Worte: quia — societas etc. — die doch nur Entſcheidungsgrund ſind, außer Acht, ſo bleibt uns als Sen-

*) Recit. Solenn. zu l. 13. D. pr. v. (19, 5).

tenz: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem — placet, neque pro socio esse actionem. Wie mag Ulpian ſo rückſichtslos ſprechen, wenn er denkt: „unter Umſtänden kann doch die actio pro socio begründet ſein?“

Chambon (S. 107) interpretirt folgendermaſſen: Anzunehmen, daß Ulpian in l. 13. deswegen gegen eine Societät ſei, weil der Eine certum pretium ausbedungen, das ſei „entſchieden irrig;“ der wahre Grund ſei der, weil derſelbe an dem ungünſtigen Erfolg des Weiterverkaufs nicht theilnehme; das ſei in den Worten qui certum pretium excepit ausgedrückt. Dieſe Ungleichheit der Belaſtung falle aber — ſo glauben wir den Schlußgedanken Chambons ausdrücken zu dürfen — weg, wenn beide mit dem animus soc. contrahendae zuſammentreten; dann ſtehe der Societät nichts mehr im Wege. — Weder im Vergleich mit ſich ſelbſt, noch in dem zu l. 13. pr. kann uns dieſe Auslegung gefallen. Wieder einmal die Stärke der Haftung Vergleichungspunkt. Dann kann ja auch von mehreren Socii Einer alles damnum übernehmen; wäre alſo das Ausgezeichnete des Trödelvertrages das, daß der Empfänger alles damnum übernimmt, ſo hätten wir im Trödelvertrag nichts als eine Societät, in der der Geſchäftsführer alles damnum übernimmt. Ferner interpretirt Ch. als ob certum pretium sibi excipere ſo viel heiße, als: ſich ausbedingen, daß man den Preis gewiß, (unter allen Umſtänden,) bekomme.

Wir ſind der Anſicht, daß zwar beide Stellen den Trödelcontract, aber jede eine andere Geſtalt desſelben, ein anderes Auftreten der Partheien vor Augen hat, und daß dadurch ihr Unterſchied begründet und gerechtfertigt wird. In l. 13. gibt der Herr rem vendendam hin, und ſo weit konnte ein Mandat vorliegen; es wird unmöglich durch die Nebenbeſtimmung, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes. Eben dieſe Beſtimmung läßt an die Societät denken, der Theilung des Erlöſes wegen. Allein der Herr gibt certo pretio hin. Dieſes certo pretio darf man nicht mit rem vendendam in Verbindung bringen, als ob es heiße: rem certo pretio vendendam; damit wäre die Nebenbeſtimmung ut quo pluris vendidisses tibi haberes im Widerſpruch; der Herr gibt certo pretio hin, das certum pretium iſt Kaufſchilling, und damit ſtimmen die Schlußworte: sibi certum pretium excepit überein. Dadurch daß der Herr um einen Kaufſchilling hingibt, bekommt er die Haltung eines Verkäufers, und deswegen iſt der Empfänger nicht ſein Socius; dieſer hat ihn gebeten, die Sache um ſo und ſo viel an ihn abzulaſſen, oder der

Herr hat ihn angegangen, ſie um ſo viel zu nehmen: dieſe Geſtalt des Trödelcontractes widerſtrebt der Societät. In den Worten certum pretium könnte man den Nachdruck auf certum legen und den Unterſchied von der Societät darin finden wollen, daß der Herr ſich nicht nur einen gewißen Theil, ſondern eine gewiße Summe von dem Erlöſe ausbedingt, während er dem Empfänger nichts als einen ungewißen Theil läßt*); allein Ulpian zeigt uns nicht nur in der fraglichen l. 44, daß er dieſes Unterſchiedes ungeachtet eine Societät annimmt; er billigt auch anderwärts dieſe Anſicht **). Wir haben aber auch gar keinen Anlaß, auf certum den Nachdruck zu legen: er mußte dieſes Wort brauchen, wenn er von einem pretium reden wollte: er konnte nicht ſagen: Si rem tibi pretio dedissem. So werden wir denn auch die Worte ſeines Entſcheidungsgrundes (societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit) folgendermaſſen wiedergeben dürfen: „Eine Societät ſcheint der nicht abgeſchloſſen zu haben, welcher dich nicht zu gemeinſchaftlichem Verkauf aufgefordert, ſondern vielmehr an dich verkauft hat.“ — Ganz anders leitet l. 44 ein; auch hier wird etwas zum Verkaufe hingegeben, auch hier ſoll dem Geber von dem Erlöſe eine runde Summe, der Ueberſchuß dem Empfänger zufallen; auch hier alſo Anlaß an eine Societät zu denken; aber von einem pretium, um das der Empfänger empfängt, iſt keine Rede; dieſer wird nur aufgefordert, dem Geber aus dem Erlöſe decem heimzubringen (ut si ea decem *) vendidisses, redderes mihi decem: si pluris, quod excederet, tibi haberes). Soweit war in dem Geſchäfte nichts, was der Societät widerſtrebte. Allein abgeſehen von der Ungewißheit des Lohnes konnte es auch locatio conductio operarum oder operis ſein, und wenn man aus anderwärtigen Thatſachen ſchließen konnte, daß der Geber den Empfänger wie einen Lohnarbeiter betrachtet haben wollte, ſo war eine Societät nicht da. Aber allerdings konnten auch Zei-

*) Glück Comm. XV. § 961.

**) L. 52. §. 7. D. pro socio (17, 2). Ulpian: Item ex facto consultum respondisse se, (Papinianus) ait lib. 3. Resp.: Inter Flavium Victorem et Vellicum Asianum placuerat, „ut, locis emtis pecunia Victoris monumenta fierent opera et peritia Asiani: quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate recíperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit.“ Erit pro socio actio.

*) Das heißt wohl: „wenn auch nur decem“?

chen und Merkmale da sein, daß beide im Sinn einer Societät zusammengetreten; Einer konnte zum Andern gesagt haben: „Ich gib rem her, Du operam; vereinigen wir derart Kapital und Arbeit, so gibt es ein gutes Geschäft.“ Lag ein solcher animus societatis wirklich vor, dann stund einer wahren Societät nichts mehr entgegen.

Das sind die Contracte, mit denen die Quellen und Ch. vergleichen, alle anderen Contracte liegen weiter ab. Eine Schlußbemerkung wird sich dem Leser selber aufdrängen: nämlich die, daß der Trödelcontract zwar ein eigener, gleichwohl aber ein zweideutiger Contract sei. Auch der Kauf, locatio conductio, das Mandat haben unter sich und mit anderen Contracten manches gemein: aber jeder dieser Contracte hat zugleich etwas was kein anderer hat; der Trödelcontract hat nichts, was kein anderer Contract hat: zwar weicht er von je einem anderen Contracte durch etwas ab, er unterscheidet sich von dem Mandate durch das, von der l. conductio durch ein anderes, vom Kaufe wieder durch ein anderes: aber etwas wodurch er sich von allen Contracten zusammen unterschiede, was kein anderer hätte, hat er nicht. So gehört denn der Trödelcontract zu den Mischlingen. Damit hängt es zusammen, daß er bald diesem, bald jenem Contracte gleichsieht, und daß wir nicht begreifen, warum er, wie Puchta meint, gerade dann, wenn er einem Kaufe gleichsieht, der „eigentliche“ Trödelvertrag sein soll. Bemerkenswerth ist ferner noch das Verhältniß, in welchem der animus des Rechtsgeschäftes zu seinem Aeußeren steht. Hingabe zum Verkauf, Aestimation, Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung, Recht auf den Mehrerlös sind die vier sichtbaren Stücke unseres Contractes; der animus des Kaufes, des Mandates, der l. c. operis, operarum, vermag dieselben nicht selbst zu Kauf, Miethe, Mandat, sondern nur zu etwas Kauf-, Mieth-, Mandat-Aehnlichem zu machen; dem der Societät dagegen widerstreben sie in nichts, dieser kann sie zur Societät selber machen.

3.

Soweit Definition und Diagnose; beide suchen das Individuum und in diesem das Besondere; aber das Individuum steht zugleich auf dem Boden der Gattung: es hat auch Eigenschaften mit anderen Arten gemein. Dahin gehört, was unseren Contract anlangt, die Frage, wie er

perfect wird, ob re oder consensu; denn in einem Falle gehört er zur Gattung der Real-, im anderen zu der der Conſenſualcontracte.

Daß er bei den Römern unter die ungenannten Contracte, mithin unter die Realcontracte zählte, unterliegt keinem Zweifel — ſchon ſeiner ſchillernden Farbe wegen; als Innomminat-Realcontract haben ihn auch unſere älteren Juriſten behandelt *); in neuerer Zeit iſt aber die Frage aufgeworfen worden, ob denn die Innomminatcontracte immer noch Realcontracte ſeien, und wir dürfen es herrſchende Anſicht nennen, daß ſie es nicht mehr ſeien **). Auch Chambon tritt ihr bei, und erklärt unſeren Contract folgerecht als Conſualcontract S. 42—47.

Wir wollen, und wahrſcheinlich können wir nichts daran ausſetzen, daß der Trödelcontract Conſenſualcontract ſei; eine Bemerkung aber, die ſich jedem aufdrängt, der dieſem Contract als Conſenſualcontract denkt, müſſen auch wir machen; denken wir einen Trödelcontract, der noch blos auf consensus beruht, bei dem es zur Hingabe der res vendenda noch nicht gekommen iſt, ſo iſt das ein ganz anderes Ding, als wenn consensus und Hingabe zuſammentreffen. In letzterem Falle haben wir einen hauptſächlich einſeitigen, dort dagegen einen weſentlich zweiſeitigen Contract; hier liegt die Laſt der Verpflichtung auf dem Empfänger, dort vorerſt auf dem, der geben ſoll. Hiemit ſtehen denn ganz neue Fragen und Erſcheinungen im Zuſammenhang: eine Klage des Trödlers auf Extradition der Waare, eine Klage des Herren auf Uebernahme; die Frage, wer denn jetzt das periculum trage, und wie die allenfallſige litis aestimatio in dieſen neuen Klagen zu machen ſei. Faſt iſt der alte Trödelcontract nun nicht mehr zu kennen: ſelbſt ſein Name vendendum dare paßt nicht mehr auf ihn.

Mit dem Worte „consensus“ ſtatt „res“ iſt ſcheinbar eine Kleinigkeit, in der That aber — wenigſtens was unſeren Contract angeht — die ganze Sache geändert worden.

---

*) Glück, Comm. XVIII. §. 1065.

**) Puchta §. 250. §. 218. Anm. c. Pand. u. Vorl.
Wangerow, Leitf. §. 599.
Sintenis, das prakt. gem. Civilr. II. S. 254. Nr. 3.
Arndt's Lehrbuch der Pand. §. 232 Not. 3. in fin.
Seuffert, Pandectenrecht, (3te Aufl.) §. 308. Anm. 1.
Schweppe, d. Röm. Privatrecht III. §. 496.
Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts 3te Aufl. §. 344 u. A. m.

Wie schon gesagt: Hieraus deduciren zu wollen, daß zur Klagbarkeit des Trödelcontractes res erforderlich sei, fällt uns nicht bei; aber allerdings ist uns nun einmal das Bedenken gekommen, ob ein Realcontract, selbst wenn die res in ihm zu seiner Klagbarkeit nicht nothwendig ist, nicht dennoch ein eigener, nicht unter den „bloßen Uebereinkünften" oder Consensualcontracten zu verschleudernder Contract sei. Bevor wir in diesem, nicht mehr blos gegen Chambon, sondern gegen die nun herrschende Lehre gerichteten Gedanken weiter gehen, muß genauer betrachtet werden, wieweit, wie und warum man die Realcontracte beseitigt haben will.

Zur Klagbarkeit der Contracte, sagt man, forderten die Römer verba, literae, res; nur ausnahmsweise genügte consensus; hiernach Verbal-, Literal-, Real-, Consensualcontracte; die Literalcontracte dieser Bedeutung sind schon im justinianischen Rechte antiquirt; die Verbalcontracte fanden bei uns keinen Boden; dagegen haben wir den Satz, daß consensus allgemein genüge; also gibt es keine Realcontracte mehr *).

So durchgreifend verfahren aber nicht Alle; den Meisten genügt consensus nicht durchaus: sie fordern res zum mutuum, depositum, commodatum, pignus; diese sind ihnen noch Realcontracte, die Innominatcontracte nicht mehr.

Wir wollen einmal, um zunächst die erstere und einfachere Ansicht näher ins Auge zu fassen, annehmen, daß zur Klagbarkeit unserer heutigen Contracte ganz allgemein consensus genüge und zugeben, was zugegeben werden muß: daß uns verba und literae abhanden gekommen; — folgt daraus, daß wir keine Realcontracte mehr haben? Wenn die res keinen anderen Zweck hatte, als Klagbarkeit zu begründen **), wenn sie auch bei uns keinen anderen haben kann, wenn mit dem Worte Realcontract sonst gar nichts bezeichnet ist, und bezeichnet werden kann, als ein Glied in derjenigen Eintheilung der Contracte, welche von dem Grund der Klagbarkeit ausgeht: dann ist jener Schluß richtig; — so lange dagegen über alle diese „Wenn" noch ein Zweifel erlaubt ist, darf auch

---

*) Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. III. §. 71.
Göschen, Vorl. über das gem. Civilr. 2te Aufl. von Errl. §. 439. Nr. 440.

**) Wir können unsere Frage nicht schärfer stellen, als sie Puchta Vorl. bezüglich der unbenannten Contracte verneint: „— die Lehre von den unbenannten „Contracten, welche rein auf der Nichtklagbarkeit der Pacta beruht." —

die Richtigkeit des Schluſſes in Frage geſtellt und für möglich gehalten werden, daß der Realcontract in irgend einer anderen Eintheilung ein Plätzchen beanſpruchen dürfte.

Mehr Mühe koſtet es, die entſcheidenden Punkte der anderen und verbreiteteren Anſicht bloszulegen. Hören wir die eigenen Worte Eines ihrer Vertreter *): „Die ganze — Lehre von den Innominatcontracten „des römiſchen Rechts muß — nothwendig für unſer heutiges Recht als „unpraktiſch angeſehen werden. Da nämlich heutzutage unzweifelhaft der „Grundſatz gilt, daß ſchon das bloße Pactum als ſolches vollkommen „klagbar iſt, ſo verſteht es ſich ganz von ſelbſt, daß jetzt die Leiſtung, „welche von einer Seite in Folge eines ſolchen Pactum geſchieht, eine „ganz andere Bedeutung hat als nach römiſchem Rechte. Dieſelbe ge„ſchieht nämlich jetzt begreiflich durchaus nicht mehr contrahendi causa, „ſondern blos und allein solvendi causa. Der Paziſcent erfüllt damit „eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung auch durch eine Klage hätte er„zwungen werden können — — M. a. W. die Verträge, die nach römi„ſchem Rechte nur in der Geſtalt eines Innominat-Contractes wirkſam „waren, ſind heut z. T. nichts als einfache Conſenſualverträge und „alle Beſonderheiten, die ja darin ihren Grund hatten, daß erſt durch „die Leiſtung ein Contract für den Leiſtenden begründet wurde, müßen „eben deshalb von ſelbſt hinwegfallen." — Dieſe Anſicht geht von denſelben Vorderſätzen aus, wie die erſtere: moderne Klagbarkeit aller pacta — bei den Römern res nichts als Grund der Klagbarkeit. Allein der Schluß iſt ein anderer; nicht: alſo keine Realcontracte mehr — ſondern: alſo keine Ungenannten Realcontracte mehr. Dieſe Verwerfung ſtieß aber an etwas an: der gemeine Mann, unbekümmert um uns Juriſten, läßt ſich nicht abbringen, nicht blos genannte, ſondern auch gar manche ungenannte Contracte ſelbſt heute noch mit res zu beginnen; ſo genügt es nicht, zu ſagen, daß dieſe res die römiſche Bedeutung nicht mehr habe: es ſteht uns zu, zu ſagen, was ſie heutzutage bedeute; wir haben gehört: Erfüllung. Die Richtigkeit der beiden Vorderſätze wollen wir auch hier für jetzt dahingeſtellt ſein laſſen: dagegen den Schlußſatz und die heutige Bedeutung der res ſofort prüfen.

Wäre die res heutzutage, in den Realcontracten überhaupt, oder, durch eine Fügung der Dinge, nur in den Ungenannten Contracten nichts

*) Vangerow, Leitf. p. 599. Anm. V.

als Erfüllung einer obligatio, dann müßten wir die Realcontracte, entweder alle, oder die Ungenannten, aus den Gattungen der Contracte entfernen; denn es ist klar, daß man nach der Erfüllung einer obligatio die obligatio selbst nicht bestimmen kann, — weder darnach daß, noch darnach wie sie erfüllt wird. Möchten nun die Römer in der res nebenher noch etwas anderes gesehen haben als Klagbarkeit oder nicht: genug, bei uns ist res Erfüllung, und soweit sie das ist, kein Gattungsmerkmal von Contracten mehr. Also erfordert die Frage, ob res Erfüllung sei, unsere volle Aufmerksamkeit. Stellen wir die Frage an einen einzelnen Fall: Erfüllt derjenige, qui vendendum dat, indem er gibt, eine obligatio? Ganz gewiß, wenn er es schuldig war. Soviel wird man uns einräumen, daß eine solutio ohne debitum nicht möglich ist. Wie mag er dieses dare, die res schuldig werden? Sicher dadurch, daß er und der gegenwärtige Empfänger zuvor einen Trödelcontract in der Weise eines Consensualcontractes, ohne Hingabe, abgeschloßen haben. Aber wie wenn wir den Anstoß zum Geschäfte, so wie etwa in l. 17. §. 1. D. pr. v. (19, 5) — Siquidem ego te rogavi — eine Rogatio sein lassen, und annehmen, daß sie vom Geber ausgegangen ist: „Willst du die Sache zu X?" und wenn sofort auf die bejahende Antwort die Hingabe erfolgt: erfüllt der Geber, indem er gibt, auch hier eine obligatio? Wenn wir nicht alle Formen abstreifen wollen: Nein. Wir haben zwar keine Stipulatio römischen Sinnes mehr: aber wir haben noch Anfrage und Antwort, und ebensowenig als aus dem Stipulari dem Stipulator kann unserem Fragesteller daraus, daß der Gefragte Ja sagt, eine Verbindlichkeit erwachsen. Oder hat der Fragesteller, indem er fragt, auch zugleich geantwortet? Dann könnte die rogatio niemals von Einem ausgehen, was doch die Quellen gerade bei unserem Trödelcontract haben wollen. l. 17. §. 1. cit. (Siquidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum). Aber wir brauchen hiefür keine Quellen: auf jene Frage und Antwort wird möglicherweise nur der Bejahende verpflichtet. Erfolgt nun die Hingabe, so haben wir eine res ohne vorausgehende Schuld, also eine res die keine Erfüllung ist. Oder sollten wir vielleicht annehmen müßen, daß gleichzeitig, in Einem, durch die Hingabe eine Schuld begründet und erfüllt wird? Dann hätten wir die verworfenen Realcontracte wieder. Zwar wäre die res als Erfüllung das Gegentheil von Begründung, aber sie wäre doch zugleich Begründung einer obligatio, in dem dare wäre ein kleiner Realcontract versteckt. Indessen dürfen wir getrost behaupten, daß im gege-

benen Falle res die Bedeutung einer Erfüllung nicht hat. — „Hier haſt du die Sache zu X, verkauf ſie!“ Du nimmſt, ich gebe; gebe ich, weil ich ſchuldig bin? Wir wollen mehrere Fälle, in denen die res nicht Erfüllung iſt, nicht aufzählen, wohl aber den einzigen nennen, in dem ſie es iſt: es iſt der, wo der Herr der Waare dem Empfänger zuvor das vendendum dare verſprochen hat. Sollte aber Jemand an der Nothwendigkeit unſeres Satzes, daß die res nicht immer Erfüllung ſei, zweifeln, ſo bitten wir ihn noch folgendes zu bedenken. Welchen Sinn eine Handlung habe, kommt auf den Handelnden an; die Wirkungen der Handlung mögen Natur und Recht beſtimmen: Sinn und Gedanke gehen vom Handelnden aus. Denkt nun der Geber: „Hier haſt du die Sache, verkauf ſie!“ daran, daß er eine Verbindlichkeit erfülle? Wenn es Jemand, vielleicht auf Grund von Erfahrungen, bejahen will, dann wird ihn ſeine Erfahrung zu dem Schluße berechtigen, daß vielleicht auch irgend einmal ein Römer in dieſem Gedanken gegeben habe. Dann hätte aber bei den Römern die res nicht blos die Begründung, wie Vangerow ſagt, ſondern zuweilen auch Begründung und Erfüllung eines Contractes zugleich bedeutet.

Sollte nun aber res, überhaupt, nicht blos zufolge vorgehender Schuld, dennoch Erfüllung ſein können: warum laſſen denn Vangerow, und die ſeiner Anſicht ſind, die res nicht auch im Darlehen, Commodat, Depoſitum, Pignus Erfüllung, warum laſſen ſie dieſe Contracte noch Realcontracte ſein? warum wird blos auf die Nichtrealität der Innominatcontracte, nicht auch auf die der Genannten Realcontracte geſchloſſen?

Bei Vangerow finden wir hierauf keine Antwort, dagegen anderwärts nicht nur Antwort, ſondern Antworten; denn man denkt in Betreff des fraglichen Grundes etwas verſchieden. Wir wollen die Antworten von von der Pfordten und Puchta hören.

von der Pfordten*) folgert aus dem „Begriff dieſer Verträge;“ nach ihm ſind das Darlehen ꝛc. noch Realcontracte, „da die für ſich al„lein daſtehende Verpflichtung zur Rückgabe vor der Hingabe nicht ge„dacht werden kann.“ Nach dieſer Auffaſſung hat, — was wir vorausbemerken müſſen, — die res in den Genannten Realcontracten nicht blos

*) a. a. O. S. 297. S. 284 und ſo faſt wörtlich nach ihm Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht. II. S. 254. Nr. 3. Vgl. Arndts a. a. O.

die Bedeutung des Klagbarkeit-Grundes; die res gehört zu ihrer Perfection. Im beßten Falle nun iſt dieſe Auffaſſung richtig; dann verwickelt ſie aber in eine Inconſequenz. Auch unter den Innominatcontracten nämlich kommen Contracte auf Rückgabe vor; warum ſchlägt hier der Begriff nicht durch?*) Pfordten hat es nicht, wie ſo oft geſchieht, ignorirt, daß es auch Innominatcontracte auf Rückgabe gibt; „aber im„mer findet dabei der weſentliche Unterſchied“ (von den Genannten Realcontracten) „ſtatt, daß nicht dieſelbe Sache zurückgegeben werden ſoll, „welche hingegeben wurde, oder wenn auch die Vertragsintention darauf „ging, noch ein beſtimmter Zweck damit verbunden war, durch deſſen „Erreichung die Verpflichtung zur Rückgabe wegfiel, oder wenigſtens an „einen andern, als den Geber bewerkſtelligt werden ſollte**).“ Vergleichen wir mit dieſen Worten folgende Stelle:

l. 23. D. pr. v. (19, 5). Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus annulum ostendit, ut respiceret; illi excidit annulus et in Tiberim devolutus est: Respondit, posse agi cum eo in factum actione.

Hier war der Neugierige ſchuldig, denſelben Ring zurückzugeben, den er bekommen; kein Zweck durch deſſen Erreichung die Verpflichtung zur Rückgabe wegfiel, oder wenigſtens an einen andern als den Geber bewerkſtelligt werden ſollte. Wodurch iſt dieſer Contract von einem Realcontract, etwa von dem commodatum unterſchieden? Man möchte glauben, blos dadurch daß dieſes inspiciendum dare kein rechtes utendum dare iſt. Wäre das richtig, dann könnte freilich hier die Hingabe ebenſowenig entbehrlich oder unentbehrlich ſein, als beim Commodatum: Hingabe und Rückgabe würden ſich deswegen nicht minder bedingen, weil man den Ring zum Anſehen anſtatt zum Tragen hingibt. von der Pfordten konnte dieſe Aehnlichkeit zwiſchen jenem inspiciendum dare und dem Commodat nicht überſehen: „— Es läßt ſich kaum eine größere Aehnlichkeit denken, als die, welche die Hingabe einer Sache zur Betrachtung und Rückgabe mit dem Commodatum hat***);“ was er aber für einen Grund hatte, gerade in Betreff der Hingabe und Rückgabe eine Unähnlichkeit zu finden, das wiſſen wir nicht.

---

*) Sintenis a. a. O. hat dieſer Inconſequenz vorgebeugt, indem er alle Contracte auf Rückgabe als Realcontracte betrachtet.

**) v. d. Pfordten a. a. O. S. 286.

***) a. a. O. S. 286.

Iſt nun aber jene begriffliche Nothwendigkeit: die Verpflichtung zur Rückgabe ſetze eine Hingabe voraus — nur auch vorhanden? Mit nichten. Die Rückgabe ſetzt eine Hingabe voraus; die Verpflichtung zur Rückgabe ſetzt keine Hingabe voraus. Wer das Gegentheil behauptet, verlangt, daß man ſich zu nichts verpflichten könne, was nicht ſofort geleiſtet zu werden vermag; das wäre aber nicht nur begrifflich, ſondern auch nach Recht und Erfahrung falſch, für den Fall wo eine Rückgabe verſprochen wird nicht minder als in anderen Fällen. von der Pfordten macht ſich ſelbſt einen Einwand: „Allerdings kommt auch bei der „Miethe eine ſolche Pflicht zur Rückgabe vor, aber dieſe erſchöpft nicht, „wie beim Leihvertrag, den Begriff, die ganze Aufgabe des Vertrages, „wozu vielmehr die ſelbſtſtändige Gegenleiſtung des Miethers als integrirender Theil gehört, und deshalb iſt die Miethe ihrem Begriffe nach „mit dem Conſenſe perfect, und mit der Hingabe beginnt der Vollzug, „während bei dem Leihvertrage erſt mit der Hingabe der Begriff des „Vertrages vollendet iſt *)." Pächter und Miethsmann ſind im Augenblicke da der Vertrag perfect iſt, zur Rückgabe verpflichtet, alſo häufig noch ehe die Sache ausgehändigt iſt; von der Pfordten gibt es zu und er muß es zugeben, daß hier eine Verpflichtnng zur Rückgabe ohne Hingabe iſt; denn wäre dieſe Verpflichtung vor der Hingabe noch nicht da, ſo wäre ſie erſt durch die Hingabe da, Pacht und Miethe wären Realcontract; mag gleich die Klage auf Rückgabe vor der Hingabe nichts helfen, die Pflicht zur Rückgabe iſt ſchon vorhanden; der Contract entwickele ſich nun weiter, die Hingabe begründet keine obligatio mehr, ſie benimmt nur dem Empfänger Einwände, indem in ihr eine Pflicht des Gebers erfüllt wird. Warum nun iſt hier eine Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe möglich? Weil ſie „den Begriff und die ganze Auf„gabe des Vertrages nicht erſchöpft." Alſo, weil neben der Pflicht zur Rückgabe noch andere Pflichten exiſtiren, deswegen kann ſie hier ohne Hingabe exiſtiren, während dies ſonſt begrifflich unmöglich iſt. Daß dieſes wahrhaft von der Pfordtens Meinung iſt, wird noch gewißer, wenn wir die obigen Worten unmittelbar vorausgehende ſchon einmal gegebene Theſis wiederholen: „da die für ſich allein daſtehende Verpflich„tung zur Rückgabe vor der Hingabe nicht gedacht werden kann." Nur die für ſich allein daſtehende Verpflichtung zur Rückgabe iſt ohne Hingabe

*) a. a. O. S. 297.

undenkbar. Alſo verſprechen, daß man die noch nicht empfangenen 1000 zurückgeben wolle, iſt undenkbar; aber verſprechen, daß man die noch nicht empfangenen 1000 zurückgeben wolle und 5% dazu, das iſt denkbar. —

Von der Pfordten hat uns nicht erklärt, warum, wenn heutzutage der bloße consensus klagbar macht, nur die Innominatcontracte aufgehört haben Realcontracte zu ſein. Hören wir Puchta*): „In „Beziehung auf die Perfection hat auch noch nach heutigem Recht der „Begriff des Realcontracts Bedeutung, nämlich bei den vier benannten „Realcontracten, die auch heutzutage noch in dieſer Weiſe vorkommen; „ſie werden erſt durch Leiſtung von Seite deſſen, der Gläubiger werden „ſoll, perfect, eine Leiſtung, die nicht zur Klagbarkeit, aber dazu erfor„derlich iſt, damit der Vertrag exiſtire, auf den die römiſche Theorie des „mutuum, commodatum, depositum, pignus anwendbar ſei.“ Auch Puchta fordert zu den vier Genannten Contracten die res nicht der Klagbarkeit, ſondern wie von der Pfordten allgemeiner, um ihrer Perfection, um ihres ganzen Daſeins willen; aber von dem oben bekämpften Grunde weiß er nichts. Freilich deswegen, weil ſonſt die römiſche Theorie nnanwendbar würde, dürfen wir uns die res nicht aufdrängen laſſen: man könnte ſonſt leicht dazu kommen, der römiſchen Theorie wegen verba und literas wieder einführen zu wolleu; dagegen liegt in jenen Worten wohl die Vorſtellung, daß Darlehen, Commodat ꝛc. ohne res ganz andere Contracte werden, — denn nur deswegen könnte die römiſche Theorie nicht mehr auf ſie paſſen — alſo dieſelbe Vorſtellung, welche uns zu dieſer Unterſuchung gedrängt hat. —

Genügen dieſe wenigen Züge zur Darſtellung der neueren Jurisprudenz über Realcontrakte, ſo können wir ſie noch kürzer in folgender Weiſe wiedergeben: Ausgehend von dem Satze, daß zur Klagbarkeit obligatoriſcher Uebereinkünfte bloßer consensus genügt, kommt man ganz allgemein zu dem Satze, daß res zur Klagbarkeit nicht mehr erforderlich ſei; während nun aber Einige ſie ſofort wegwerfen, dünkt ſie den Meiſten noch erforderlich zu den Genannten Realcontrakten, nicht zur Klagbarkeit, ſondern ſonſt; wie man ſagt: zur Perfection. Man weiß aber nicht recht warum.

Dieſe Letzteren erkennen alſo an, daß aus der Klagbarkeit der bloſ-

---

*) Pand. §. 251. Vgl. Vorl. eod.

ſen Uebereinkunft die Entbehrlichkeit der res noch nicht folgt; ſie geben damit ſtillſchweigend zu, daß neben dem — bei uns allerdings geltenden — Satze von der Klagbarkeit bloßer Uebereinkunft die res noch im ganzen Umfange der Römiſchen Realkontrakte, der Genannten und der Ungenannten, erforderlich ſein könne; warum ſie es aber in den Ungenannten nicht ſei, das ſagen ſie eben ſo wenig, oder ebenſo ungenügend, als ſie zu den Genannten rem bald ohne, bald ohne genügende Begründung fordern. Die Erſteren aber ſcheinen lediglich in falſchem Schluße, zufolge der Klagbarkeit bloßer Uebereinkunft, rem ſchlechthin verworfen zu haben.

Indeſſen ſind wir dringend aufgefordert, über dieſe „Sache" klar zu werden. Tagtäglich kommt ſie in Contracten die Namen haben und die keinen haben, vor, und wird immer ſo vorkommen, ſie ſteckt in einem Contracte, und wir wiſſen nicht als was; als Erfüllung iſt ſie undenkbar, als Begründung will ſie nicht klar werden, was iſt ſie denn? Weil man es uns verargen könnte, daß wir ſo Vielen widerſprochen haben, wollen wir uns nun der Gefahr ausſetzen, daß uns Gleiches mit Gleichem vergolten werde, und auf die ſo eben geſtellte Frage zu antworten ſuchen.

Wozu forderten die Römer rem? Inſofern, wo weder verba, noch literae vorlagen, wenn es auch an einer res mangelte, regelmäßig nicht geklagt werden konnte, ganz gewiß zur Klagbarkeit der Convention. Warum forderten ſie rem? Keinesfalls ganz ſo, wie verba und literas; letztere ſind Förmlichkeiten, die numeratio, das deponere, utendum, pignori dare ſind keine Förmlichkeiten. Ferner kann es nicht römiſche Vorſtellung geweſen ſein, daß zu einem Verſprechen, damit es binde, oder klagbar werde, wo nicht verba oder literae, ſo doch res, nämlich eine Leiſtung desjenigen, dem verſprochen werden ſoll, außer dem consensus hinzukommen müſſe *). Denn hieße das anders, als demjenigen, deſſen Wort verbindlich ſein ſoll, müſſe man vorher etwas dafür geben, man müſſe es ihm baar abkaufen? Das meinten die Römer nicht; wenigſtens möchten wir ſonſt nicht begreifen können, warum das facero nicht als eben ſo gute Münze ging, wie das dare **). War unſer Er-

*) Dieſe bei uns von jeher ſo gangbare Auffaſſung ſcheint insbeſondere der Abhandlung von Liebe über jenen Gegenſtand zu Grund zu liegen. Liebe über Weſen und Eintheilung der materiellen Contracte im R. R. Zeitſchrift für Civilr. und Proz. XV. f. z. B. S. 211.

**) L. 5 §. 3 §. 4. D. pr. v. (19, 5) cf. L. 7 §. 2. D. pact. (2, 14). L. 5

forderniß vielleicht bloße Laune? So ſchnell wollen wir die Hoffnung nicht aufgeben, meinen aber allerdings jetzt ſchon, daß die Frage, ſo lange man ſie ſo ſtellt, wie wir gethan haben: „Warum forderten die Römer rem zur Klagbarkeit?“ nicht beantwortet werden kann. Denn uns dünkt, die Römer haben nicht die res zur Klagbarkeit des pactum, ſondern die Klagbarkeit eines pactum zur res gebraucht.

Der Ausdruck: die Römer forderten zur Klagbarkeit ihrer Conventionen rem — iſt nicht geradezu falſch, aber ſchief und verführeriſch; er bringt auf den Gedanken, daß die Partheien, um das Verſprechen der Gegenparthei klagbar zu machen, etwas geleiſtet, daß ſie ſich alſo der res als Mittel zum Zweck bedient hätten — ein Gedanke der zunächſt für die Genannten Realcontracte falſch iſt; denn hier gibt man nicht nur nicht, um eine klagbare Verpflichtung zu begründen, ſondern überhaupt nicht, um zu verpflichten. Oder gebe ich ein Darlehen in der Abſicht, damit der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet werde? Behielte ich es doch lieber daheim! Oder gebe ich eine Sache deswegen zur Benützung, zur Aufbewahrung, zu pfandgerechter Sicherheit hin, damit ſie zurückgegeben werde? Bei keiner Hingabe kann Rückgabe der Zweck ſein; ſonſt fände ſie nicht ſtatt; ein ſolcher Zweck ließe dieſe Handlung gar nicht aufkommen. Dasſelbe gilt für diejenigen Innominatcontrakte, welche zur Rückgabe verpflichten. So gibt z. B. der precario dans unmöglich hin, um zur Rückgabe zu verpflichten; desgleichen der Herr der Waare im Trödelcontrakt, ſo weit dieſer auf Rückgabe geht. Bei den Innominatcontrakten auf Gegenleiſtung konnte zwar der Geber leiſten, um das Verſprechen der Gegenleiſtung klagbar zu machen; damit traf er aber den Sinn des Rechtes, welches nicht geſonnen war, ein Wort erkaufen zu laſſen, nicht. Aber er konnte auch leiſten in dem Sinne, in welchem man bei den Realcontracten auf Rückgabe leiſtet, ja er mochte was immer für eine Abſicht haben, der Wirkung nach leiſtete er hier wie dort: mit Beſchränkung. Der Darleiher gibt, und das Erſte und Nächſte was er thun will, iſt Geben. Dieſes Geben iſt ſein Zweck. Aber er will nicht ohne weiteres geben: juriſtiſch gibt er ganz, er macht den Empfänger zum Eigenthümer; ökonomiſch will er nicht ganz geben; er will nur auf einige Zeit die Nutzung geben, das Kapital aber behalten. Um die

---

§. 3 cit: Quodsi faciam ut des, et postea quam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

juriſtiſche Wirkung ſeiner Handlung mit ſeiner ökonomiſchen Abſicht zu verſöhnen, um das Zuviel der erſteren einzubringen, dazu bedient er ſich eines Mittels: der Verpflichtung zur Rückgabe derſelben Quantität. Dieſe Verpflichtung iſt um der datio, der res wegen, nicht die res verpflichtungshalber da. Niemand wird läugnen, daß auch im commodatum, depositum, pignus Hingabe zur Benützung, Aufbewahrung, Sicherheit der alleinige Zweck des Geſchäftes iſt; zwar wird hier nicht zu eigen gegeben, und eine obligatio zur Rückgabe wäre deßhalb nicht unter allen Umſtänden nothwendig; aber der Geber iſt durch ſie jedenfalls beſſer daran, als ohne ſie; immer iſt ſie ein Mittel, die Beſchränkung ſeiner Hingabe zu verſtärken. Desgleichen bei den Innominatcontracten, die blos auf Rückgabe gehen, wie das Precarium, ſo wie bei denen, welche theilweiſe auf Rückgabe gehen. Soweit ſie auf Gegenleiſtung, und wenn ſie nur auf Gegenleiſtung gehen, kann zwar, wie ſchon bemerkt, der Geber ſeine Leiſtung als Mittel zum Zweck denken: der Herr kann dem Trödler in der Abſicht hingeben, daß ihm dieſer die Aeſtimation ſchuldig werde; er kann aber auch mit der Einſchränkung hingeben, daß ſich der Trödler zur Zahlung der Aeſtimation verpflichte; ja dieſe Einſchränkung haftet an ſeiner Hingabe, er mag nun geben „damit" oder „mit dem Vorbehalte, daß;" denn jede Verpflichtung, mit einem Empfangen verknüpft, erſcheint als eine Einſchränkung der Hingabe. All das kann nicht bezweifelt werden; daß das Römiſche Recht die Verpflichtung auf Gegenleiſtung in den J. Contracten als Einſchränkung des dare dachte, darüber folgendes.

Was immer man unter jenem Modus, den wir unter den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften zu behandeln pflegen, verſtehen möge: ſo viel ſteht feſt, daß er, wie dem Worte nach ein Maß, ſo auch dem Sinne nach eine gewiſſe Einſchränkung des Rechtsgeſchäftes bedeutet, als deſſen Nebenbeſtimmung er erſcheint*). Als die Rechtsgeſchäfte, welche derart eingeſchränkt werden, nennt Savigny**) die teſtamentariſchen Verfügungen, (Erbeinſetzung — Legat, Fideicommiß — libertas data) und die Schenkung; wir werden als gemeinſames Merkmal derſeben aufſtellen dürfen, daß ſie ein Geben enthalten. Was die Art und Weiſe der Einſchränkung anlangt, ſo rügt es Savigny**), daß man im Deutſchen ſtatt Modus „Zweck" und „Zweckbeſtimmung" vorgeſchlagen

*) Vgl. Savigny Syſtem, S. 229 fgg.
**) A. a. O. S. 227.
***) A. a. O. S. 229, 230.

habe; zutreffender ſei der Ausdruck „Verwendung“ *), wiewohl ſelbſt der zu abſtrakt. Savigny verzichtet auf eine ganz paſſende Ueberſetzung und will Modus beibehalten wiſſen. Abſtrakter nun, wenigſtens vieldeutiger, möchte wohl kein anderes Wort ſein, als modus; dieſes zu überſetzen dürfen wir gar nicht anſtreben; es fragt ſich, ob wir ſeinen Sinn, die Art und Weiſe ſeiner Einſchränkung nicht genauer ausdrücken können, als es das römiſche Wort thut; „Zweckbeſtimmung“ und „Verwendungsbeſtimmung“ ſcheinen nicht zu abſtrakt, ſondern zu eng zu ſein; wenn etwas vermacht wird mit dem Modus, ut ex eo aliquid faceret, daß der Legatar ein Monument errichte, oder etwas dafür anſchaffe, ſo mag man dies mit „Verwendungsbeſtimmung“ verallgemeineren; wenn aber vermacht wird, „ut Maeviam uxorem ducat (l. 71 §. 1. D. cond. (35, 1), „ut emanciparet liberos suos“ (l. 92 eod.), „ut filiis rationem reddat“ (l. 17 §. 2. D. manum. test. (44, 4), ſo geht der Modus über den Kreis der Verwendungsbeſtimmungen hinaus. Das Wort, welches alle Fälle des Modus begreift, und zugleich ſeinen Inhalt ausdrückt, heißt Auflage. Dieſe Auflage nun erzeugt in wenigen Fällen keine obligatio (l. 71 pr. cit. l. 2 §. 7. D. donat. 39, 5) oder nur eine ſolche, die interventu Judicis befördert werden muß (l. 7. D. ann. leg. 33, 1 in fin.); gewöhnlich aber eine condictio wegen Nichterfüllung, oder eine Klage auf Erfüllung, an deren Stelle mitunter cautiones necessariae.— So iſt es denn an und für ſich kein unrömiſcher Gedanke, daß Obligationen dazu dienen, um Geben und Empfangen zu modificiren; es fragt ſich nur, ob dieſe Verwendung von Obligationen zur Einſchränkung einer Hingabe auf letzwillige Zuwendungen und Schenkungen beſchränkt, ob nicht alles dare einer derartigen Klauſel fähig geweſen ſei. Was die Genannten Realcontracte anlangt, ſo mag man ſich ſträuben, ihre Obligationen einen Modus ihrer res zu nennen: ſie ſo zu denken, dazu iſt man gezwungen. Die Verpflichtung des Innominatcontractes hat auch das äußere Gepräge eines Modus. Gibt man einem Laien das Schema do ut des, do ut facias in die Hand, ſo macht er aus dem ut leicht ein „damit;“ der Juriſt dürfte derwägen, ob ut nicht auch hier für ita ut ſtehe. In dem Innominatcontract der l. 13 §. 1. D. pr. v. 19, 5 (— si puerum docendum — dedero — ita ut si post certos annos

*) Vgl. Arndts, Lehrb. der Pand. §. 74. („Zweckbeſtimmung,“ „Verwendungsbeſtimmung“).

venisset, pretium inter nos communicaretur) kommt ſtatt des bloßen ut das ita ut vor; wir dürfen darauf hin die Behauptung wagen, daß die Weglaſſung des ita in anderen Fällen eben ſo zufällig iſt, als bei anerkanntem Modus bald ut, bald ita ut ſteht. Leitet die Formel do ut des etc. zu dem anerkannten Modus hinüber, ſo leitet der Modus bei Schenkungen zu den Innominatcontracten herüber. Wie weit ſteht das donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet —*) und: rerum tuarum proprietatem ita dedisti, ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret —**) von Innominatcontracten ab? Die Thatſache ferner, daß hier auf Erfüllung des Modus „ut impleatur," eine praescriptis verbis actio gegeben wird ***), drängt zu dem Gedanken an Innominatcontracte; daß dann auch hier, wie bei den Innominatcontracten, neben der Klage auf Erfüllung eine condictio wegen Nichterfüllung hergeht, brauchen wir nicht zu erwähnen †). Iſt demnach alles dare einer klagbaren Auflage fähig, ſo paßt ſie anderſeits von Natur aus nicht recht zu einem facere und auch das Römiſche Recht hat hier nach einer beſonderen Auskunft geſucht. —

Durch die Frage, warum die Römer zur Klagbarkeit ihrer conventiones rem gefordert haben, ſind wir zu dem Satze gekommen, daß ſie ſich klagbarer conventiones zur Modificirung ihrer res, der datio, bedienten. Wir könnten nun noch bei dieſer Klagbarkeit und ihrem Grunde verweilen, ausführend: daß ſie in einem altrömiſchen Gedanken, in der Geſetzgebung des Herrn über ſeiner Sache, wurzle; daß dieſer Gedanke ausdrücklich und förmlich nicht nur in der donatio sub modo ††), ſondern auch in den Innominatcontrakten †††) und den Genannten Realcontracten *)

---

*) L. 1 C. don. quae sub modo (8, 55) a. 259.

**) L. 2 eod. a. 285.

***) L. 9 C. don. (8, 54) cf. L. 22 eod.

†) L. 2 §. 7. D. don. (39, 5). L. 8. C. cond. ob. cans. dat. (4, 6).

††) L. 3 C. contr. emt. (4, 38). Dioci: legi, quam tuis rebus donans dedisti, parere convenit, cf. l. 9 C. Don. 8, 54.

†††) L. 8. D. pr. v. (19, 5). Si dominus servum, cum furto argueretur quaestionis habendae causa aestimatum dediaset — — praescr. verbis agi posse; nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur — cf. l. 20 §. 1. D. pact. dot. (23, 4): Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci — potest; legem enim suae rei dicit.

*) L. 24. D. dep. (16, 3). — Et est quidem constitutum, in b. f. judiciis,

fortlebe; daß eine lex, um Obligationen zu begründen, früher nicht über einem bloßen dare, ſondern über einem mancupio dare geſprochen, und daß ſie ſelber verbis solennibus geſprochen ſein mußte; daß dann bei ſteigendem Einfluß der fides bona *) und Gründung eines jus gentium **) zunächſt in einzelnen Geſchäften, welche die lex in ihrem Namen, und an einem bloßen dare gerne genug hatten, von jenen Förmlichkeiten Umgang genommen wurde; daß aber der Gedanke ſo, wie er von einem Gattungsgeſchäfte, dem mancupio dare, herkam, ſich endlich auch über jene Individualitäten (mutuum, utendum, concreditum (Plautus) pignori dare) hinausarbeitete und wieder bei einem Gattungsgeſchäfte, bei dem dare anlangte und alle Conventionen, die dieſem beigefügt wären, in dem Schema do ut des, do ut facias für klagbar erklärte, ſo daß ſchließlich von der alten Formalität nur mehr zwei Ueberreſte blieben: einmal die Nothwendigkeit, mit der res die lex in einem und demſelben Geſchäfte — gleichzeitig — zu verbinden ***); dann daß die res, wenn kein förmliches, ſo doch ein dare, nicht ein bloßes facere, ſein mußte.

Für all das ſcheinen die Quellen nicht karg zu fließen, wir wollen auch nichts neues geſagt haben. Allein wichtiger als dieſe Klagbarkeit ſammt ihrem Grunde wird uns jetzt die Wiederholung der Frage, ob denn die res bei den Römern blos die Bedeutung hatte, pacta klagbar zu machen? Von der Vorſtellung, welche die res als eine Ausſchoppung der pacta betrachtet, ſind wir abgekommen; noch ſteht uns die res als Grund der Klagbarkeit eines pactum da: aber nicht wie ein Mittel das dieſen Zweck hat, ſondern als ein Zweck, der dieſes Mittel erheiſcht. Aber die res iſt für den Realcontract nicht blos Grund der Klagbarkeit; ſie iſt noch mehr für ihn, ſie iſt zwar nicht ſein Alles, wohl aber die Hauptſache; denn ihretwegen iſt der Modus, iſt

---

quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra b. fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram: Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

*) Cf. l. 24. D. dep. cit. L. 7 §. 5. D. pact. (2, 14) — interdum format ipsam actionem, ut in b. f. judiciis. —

**) L. 7. pr. cit: Juris gentium conventiones quaedam actionem pariunt etc.

***) L. 7 §. 5 cit: (nuda pactio) interdum format actionem. — Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta conventa subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint — cf. l. 24 cit.

die certa lex, das pactum conventum, die ſtillſchweigende conventio, — ſie ſelbſt iſt für ſich da. Und was iſt ſie denn? Da wir das facere bei Seite laſſen müſſen: ein dare, alſo ſelbſt ein Vertrag. Die res bedeutet uns alſo einen Vertrag, einen Realvertrag, und der Realcontract iſt eine Miſchung aus zweierlei Vertragsgattungen: aus einem Realvertrage und aus einem obligatoriſchen Vertrag; eine Miſchung in der der obligatoriſche Vertrag dem realen als unter- oder beigeordnet erſcheint.

Solche Miſchung erzeugt auch unſer Verkehr, in unabſehbarer Mannigfaltigkeit, tagtäglich: nicht blos deponiren und leihen, und verpfänden wir, wie die Römer; an ein namenloſes Geben hängen wir Verpflichtungen aller Art. Wäre nun gar nichts, als dieſe Miſchung: wir dürften ſie nicht zerſetzen. Dazu nun aber kommt, daß wir ein derartiges Geſchäft in ſeiner zweifaltigen Einheit gar nicht auseinanderlegen können, ohne es zu zerſtören; wie das einſeitige Verſprechen ein anderes Geſchäft iſt, als das gegenſeitige, ſo iſt das dare ohne Auflage etwas anderes, als das mit Auflage, und die Auflage für ſich iſt entweder nicht denkbar, oder wird aus Gebot und Unterwerfung zu einem Verſprechen mit ganz anderen, juriſtiſch erheblichen, Vorausſetzungen. Ferner ſteht es uns auch nicht an, in ſolchen Geſchäften, ſelbſt wenn ſie keinen Namen haben, die res zu ignoriren; ſonſt ignoriren wir die Hauptſache; denn mag die Parthei geben aus was immer für einem Grunde, und vielleicht in der Abſicht, um zu verpflichten; die Verpflichtung neben dem dare iſt und bleibt deſſenungeachtet eine Schranke des dare, ein Modus. Ignoriren wir nun eine Schenkung, weil ihr ein Modus beigefügt iſt, oder einen Wagen wegen des Radſchuhes? Sofort ſind wir gar nicht einmal im Stande, aus einem Contracte, der mit res beginnt, etwas anderes zu machen als einen Realcontract; verſuchen wir es, ihn in einen Conſenſualcontract umzudenken, ſo bleibt immer dieſe res da, ſie ſteckt im Contract, und man kann nicht ſagen wozu. Oder ſollten wir endlich deswegen, weil es heutzutage mit der Klagbarkeit anders ſteht, irgend einen Realcontract aufgeben? Bei den Römern waren nuda pacta klaglos; die mit datio verbundenen pacta waren nicht nuda pacta, nicht klaglos; heutzutage ſind auch nuda pacta klagbar: — können wir daraus ſchließen, daß heutzutage pacta nicht mehr mit datio, res vorkommen? Gewiß nicht. Oder können wir ſchließen, daß es nun keine Realcontracte mehr gibt? Wir können es, wenn „Realcontract“ nichts anderes bedeutet, als Contract, deſſen Klagbarkeit durch res begründet iſt; wenn er aber auch eine Verpflichtung

neben einer res, einen obligatorischen Vertrag neben einem Realvertrag bedeutet: dann nicht.

So werden wir denn die Realcontracte im vollen Umfange des Römischen Rechtes beibehalten, innerhalb der Verträge Realverträge und obligatorische Verträge unterscheiden, und zwischen hinein gemischte schieben müssen. Daß der Trödelcontract als ein solcher gemischter Vertrag vorkommen könne, ist so sehr gewiß, daß ihn Manche, welche sonst nur die Genannten Contracte Realcontracte sein lassen, letzteren noch beizählen*).

„Wenn wir einmal den Trödelcontract als einen Consensualcontract „betrachten müssen, so kann von einer Rückforderung des Geleisteten, also „von einem einseitigen Rücktritt nicht mehr die Rede sein." (Chambon, S. 49). Einseitiger Rücktritt, und condictio causa data causa non secuta sind noch immer zweierlei. Uebrigens werden wir diese condictio den Innominatcontracten überhaupt, sofern sie als Realcontracte vorkommen, nach obiger Auffassung nicht entziehen dürfen.

4.

Denken wir uns nun den Trödelcontract als Realcontract, so entsteht die Frage, ob hier das dare Eigenthumsübertragung sei, oder bloße traditio, Besitzübertragung. Was die praktische Bedeutung dieser Frage im Allgemeinen anlangt, so kann man ihr eine solche ebensowenig absprechen, als läugnen, daß Besitz und Eigenthum zwei praktisch verschiedene Dinge seien; was aber die einzelnen praktischen Consequenzen anlangt, so können wir diejenigen, welche Chambon hervorhebt: daß damit auch in Betreff des periculum etwas entschieden werde, daß der Trödler, falls Eigenthum auf ihn übergeht, periculum trage**) — nicht anerkennen. Würde der Trödler, wenn Eigenthum auf ihn übergeht, blos Eigenthümer, dann müßte die Regel „res perit domino," ohne weiteres platzgreifen; nun er aber alternativ obligirt ist zur Rückgabe der wenn gleich eigenthümlich überkommenen Sache, so könnte auch die andere Regel platzgreifen: res perit ei cui debetur. Oder sollte es keine Fälle geben, in denen der Eigenthümer das periculum nicht trägt? Um von den alltäglichen zu schweigen: In l. 2. §. 1. D. de in diem addict. (18, 2) wird bemerkt, daß der Untergang der dem Käufer in diem addicirten, aber pure verkauften Sache ihn, den Käufer, treffe. Man kommt auf den Gedanken: deswegen, weil er hier Eigenthümer gewor-

*) Vergl. z. B. Seuffert a. a. O.

**) S. 75. 68.

den iſt. Aber die nächſtfolgende Stelle gibt folgenden Grund an: Quoniam post interitum rei jam nec afferri possit melior conditio. Alſo nicht den, daß er Eigenthümer iſt, ſondern weil das sub conditione resolvi zu einem non resolvi geworden iſt, weil alle Verpflichtung zur Rückgabe der Waare erloſchen iſt. l. 10. pr. D. j. d. (l. 23, 3) beginnt mit den Worten: Plerumque interest viri, res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum perveniat — erſt die Aeſtimation macht ſein Eigenthum gefährlich. Wo die Römiſchen Juriſten nach dem periculum im Trödelcontract fragen, — und es geſchieht, wie wir noch ſehen werden, öfter — da rühren ſie die Frage nach dem Eigenthum gar nicht an.

Indeſſen unterſcheidet ſich Eh. in der Unterſuchung über unſer dare immerhin vortheilhaft von anderen Juriſten: dieſe folgern eines aus dem anderen, das periculum aus dem Eigenthum und umgekehrt S. 68 sqq. Eh. unterſucht jedes für ſich. „Das Eigenthum kann als Folge des „durch die Aeſtimation herbeigeführten Kaufes nicht ſchon bei Abſchluß „des Geſchäftes, ſondern, ſobald kein Credit gegeben wurde, erſt dann „übergehen, wenn die Aeſtimationsſumme bezahlt worden iſt. Ergibt „ſich aber, wie es mindeſtens ſehr häufig der Fall ſein wird, aus den „Verhältniſſen, daß der Tradent creditiren wollte, ſo erfolgt der Eigen„thumsübergang ſchon dann, wenn der Eigenthümer nicht die Sache „ſelbſt, ſondern das Pretium zu reſtituiren ſich entſchieden hat.“ Alſo keinesfalls ſofort mit Hingabe der Sache gehe Eigenthum auf den Trödler über, ſondern jedenfalls erſt ſpäter. Wie nun aber, wenn der Herr ſofort Eigenthum auf ihn übertragen wollte, iſt das undenkbar oder unausführbar? würde das dem Trödelcontract ſeinen Charakter nehmen? wir meinen, es würde ihn nur entſchiedener machen, das etwas indifferente dare vollends ausprägen. — Wann das Eigenthum nachrücke, hänge davon ab, ob der dominus dem Trödler die Aeſtimationsſumme creditirt habe, oder nicht. Wir meinen nun zwar, bei dem Contracte ut eadem mihi afferes aut pretium, ſei das pretium immer creditirt; ſollte es nun aber gleichwohl in einem Falle nicht creditirt ſein, wann wird hier der Trödler Eigenthümer? Wenn er zahlt. Der Trödler wird alſo meiſtens dann Eigenthümer, wenn er verkauft hat; denn jetzt erſt pflegen Leute ſeines Handwerkes zu zahlen; darauf iſt der Contract ſelbſt angelegt: „ut ea distracta pretium ad me afferres *).“

*) Paul. R. S. II. 4. §. 4.

Bemühen wir uns nicht weiter, alle Conſequenzen des Chambon'ſchen „Grundſatzes" zu ziehen: er ſtammt, wie der Leſer ſchon ſelbſt gemerkt hat, aus jener conditionalis venditio, aus jenem Verkauf, der erſt hintendrein ſich aus dem Trödelcontract entwickle; aus ihm entſprang der Gedanke an die Creditirung, aus ihm etwas, was wir nicht minder als ihn ſelbſt vorwerfen müſſen. — Die Quellen ſagen zu unſerer Frage nichts. Man denke ja nicht daran, daß etwa ſchon mit dem Worte dare der Eigenthumsübergang entſchieden ſei; mit ſolcher Beſtimmtheit ſteht es in der Klagformel*) und in der Stipulation**), nicht auch in dem Schema der Innominatcontracte do ut des etc. So muß z. B. in dem Contracte: „Si tibi areae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas" — ausdrücklich bemerkt werden, daß das dare Eigenthum übertrage und bei dem darauf ſolgenden puerum docendum dare wird ohne weiteres angenommen: quod hic dominus esse non desinit. l. 13. §. 1. D. pr. v. (19, 5). Da nun die Quellen nicht entſcheiden, entſcheiden lediglich die Paciſcenten; auf ſie kommt an, was aus dem dare werden ſoll, ob ein consensus dominii transferendi et accipiendi platzgreift oder nicht. Freilich werden Geber und Empfänger es ſelten in Worten ausdrücken, was ſie wollen; wohl aber in der Geſtalt, die ſie dem Trödelcontracte geben. Stellen ſie ſich wie Verkäufer und Käufer, dann iſt das dare ein tradere, was aber si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum***); außerdem wird ein animus dominii transferendi ſelten anzunehmen ſein.

Wir erlauben uns hier noch eine Anmerkung zu Puchta†). Er hat längſt gelehrt, daß man die Frage nach dem Eigenthumsübergang nicht für alle Fälle gleich beantworten könne. Soſern er aber ſagt, daß der Eigenthumsübergang ſtattfinde, wenn venditionis gratia äſtimirt ſei, und daß das Eigenthum mit Reſolutivbedingung übergehe, möchten einige Zweifel begründet ſein. Dürfte man in dem Falle, wo res in dotem, mit Aeſtimation, aber unter der Auflage hingegeben werden, ut aut

---

*) §. 14. J. act. (4, 6): — Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat. Nec res quae jam actoris est, magis ejus fieri potest. cf. Gaj. IV. §. 3.

**) L. 75. §. ult. D. V. O.: Haec stipulatio: fundum Tusculanum dari — continet — ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris queque modo.

***) L. 11. §. 2. D. act. emti et vend. (19, 1).

†) Vorl. §. 313.

aestimatio, aut res praestentur*) — ſagen, es ſei venditionis gratia äſtimirt? Mir dünkt, weil keine venditio vorliegt, nicht. Ebenſowenig aber liegt im Trödelcontract ein Kauf vor. Aber auch in der Annahme einer Reſolutivbedingung blickt die Neigung durch, den Trödelcontract wo er dem Kauf gleicht, als Kauf ſelbſt zu denken; die Alternativität der Verpflichtung, die den Kauf ausſchließt, ſcheint in eine einfache obligatio zur Zahlung des Preiſes, hiemit in einen wirklichen Verkauf, aber mit einer Clauſel wie ni displicuerit, hinübergedacht zu ſein.

5.

Was nun endlich die oft bemerkte Tragung der Gefahr anlangt, ſo machen die Quellen noch immer Schwierigkeit. l. 1. §. 1. D. aestim. (19, 3). Ulpian. ſpricht die Gefahr ſchlechthin dem Empfänger zu: Aestimatio periculum facit ejus, qui suscepit; l. 17. §. 1. D. pr. v. (19, 5)**) Ulpian. l. 11. pr. D. r. cr. (12, 1)***) Ulpian. Paulus R. S. II. 4. §. 4.†) unterſcheiden, und zwar in großer Uebereinſtimmung darnach, ob der Anſtoß zu dem Geſchäft von dem Geber oder dem Nehmer ausgegangen ſei; denn das Intereſſe an dem Geſchäft (l. 11. pr. cit.) und die Anregung dazu (l. 17. §. 1. pr. v. cit.) dürfen wir für gleichbedeutend halten.

Die Sühneverſuche, welche man vor Chambon angeſtellt hat††), wollen uns nun freilich auch nicht befriedigen; in l. 1. §. 1. cit. die generelleren oder unvollkommeneren, in l. 17. pr. etc. die ſpeziellere oder vollſtändigere Beſtimmung zu ſehen, iſt eine Interpretationsweiſe, welche zwar auf das Corpus Juris, aber nicht auf den Juriſten paßt; es wäre denn Ulpian damit interpretirt, daß man ſagt: er habe in dem einen Ausſpruche ſo in Bauſch und Bogen geſprochen, daß er auf eine ganze Hälfte von Fällen gar keine Rückſicht genommen; erſt in den anderen

---

*) L. 10. §. ult. D. j. D. 23, 3.

**) — et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum e culpam mihi praestes.

***) S. oben Nr. 1. S. 1.

†) Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me adferres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo erit: si tu de vendenda promisisti, tuo periculo erit.

††) Siehe S. 60 sqq. ſeiner Abhandlung.

Stellen habe er die Augen ganz aufgethan. Ebenſowenig können wir Vertrauen zu denen faſſen, welche in l. 1. §. 1. cit. nur ein periculum quod dolo vel culpa acciderit ſehen und noch weniger zu denen, welche den Grund der Verſchiedenheit darin erblicken, daß hier X aut res, dort res aut X in obligatione ſeien. Aber auch Chambon will uns nicht genügen.

Es gibt eine Aeſtimatio, ſagt er, „die zum Zweck der vorläufigen „Werthbeſtimmung der einzelnen Theile vorgenommen, die contractmäßige „Haftungspflicht in keiner Weiſe berührt, eine andere, welche dieſelbe „bis zur Verbindlichkeit für custodia einzuſtehen erhöht. Beide Aeſtima„tionen, wie ſie in ſeltneren Fällen vorkommen, ſind auch entſchieden „als die Ausnahme anzuſehen; der Hauptzweck, zu welchem eine Aeſti„matio vor ſich geht, alſo eine Summe beſtimmt wird, die an die Stelle „der Sache treten ſoll, iſt erſichtlich der, um den Empfänger für jeden „Fall zu verpflichten d. h. ihm das periculum casus zu übertragen. — „Von dieſer Anſchauung aus erſcheint es als völlig natürlich und gerecht„fertigt, wenn zunächſt Ulpian in der l. 1. D. h. t. ſagt: Aestimatio „facit periculum ejus, qui suscepit." Sehen wir von den Worten — denn es iſt doch nicht die aestimatio, welche etwas bewirkt, irgend eine Haftungspflicht erhöht*), ab — der Gedanke iſt richtig. Auf äſtimatoriſche Contracte überhaupt bezogen, können Ulpian's Worte allerdings ſagen: „In äſtimatoriſchen Contracten geht das periculum meiſtens auf den Empfänger über;" denn daß dem ſo ſei, hat Ch. durch eine, wie uns dünkt, ſehr verdienſtliche Zuſammenſtellung der verſchiedenen Claſſen von äſtimatoriſchen Contracten dargethan. S. 10—33. Was nun aber läge näher, als fortzufahren: „Im Trödelcontracte aber iſt es anders; hier geht die Gefahr bald über bald nicht." So gefaßt würde l. 1. §. 1. cit. allerdings das Gewöhnliche, l. 17. §. 1. cit. etc. etwas Außerordentliches ausdrücken; etwas Außerordentliches wäre es, daß in einem äſtimatoriſchen Contracte die Gefahr nicht ſchlechthin übergeht; aber deswegen wären diejenigen Fälle des Trödelcontractes, in denen die Gefahr nicht übergeht, nichts Außerordentliches im Vergleich zu denjenigen, in denen ſie nicht übergeht; ſie hätten etwas Außerordentliches im Vergleich

*) S. 11: „die geſammte Wirkung der Aeſtimatio beſchränkt ſich in dieſem Falle „darauf" S. 57: „Wirkungen der für das ganze Verhältniß maßgebenden „Aeſtimatio" S. 66: „bei dieſer Meinung werden Urſache und Wirkung, Aeſti„matio und Periculum fortwährend verwechſelt."

zu der ganzen Gattung äſtimatoriſcher Contracte, aber nichts außerordentliches innerhalb ihrer eigenen species. So meine ich, hätte Eh. fortfahren können, und wäre uns allenfalls noch der Beweis geliefert worden, daß Ulpian in l. 1. §. 1. cit. von einer Gattung, nicht blos von dem Trödelcontracte ſpreche, ſo hätten wir ſeine Auslegung und Auffaſſung für richtig gehalten. Nun aber verfällt Eh. bei dem Uebergang zur Auslegung der entgegengeſetzten Stellen auf den Gedanken, daß diejenigen Fälle des Trödelcontractes, in welchen die Gefahr nicht übergeht, in Vergleich zu denjenigen, in welchen ſie übergeht, Ausnahme ſeien: „ebenſo (wie bei der dos aestimata in l. 10. D. j. d. (23, 3) „mußte er (Ulpian) prinzipiell im Allgemeinen die Verantwortlichkeit „für das periculum casus auch hier (im Trödelcontract) als Folge der „Aeſtimatio anerkennen. Allein ſo gerechtfertigt nun auch der eine Aus„ſpruch des Juriſten erſcheint, ſo nothwendig wurde für die in ihm ent„haltene Regel eine Modification durch die Natur der Aeſtimatio beim „Contractus aestimatorius herbeigeführt.“ S. 88. Wir wollen vorläufig dahingeſtellt ſein laſſen, ob es Prinzip des Trödelcontractes iſt, daß Gefahr übergehe; ob das Gegentheil hievon eine Modification dieſes Prinzipes, oder Ausnahme ſei, und ob endlich die Aeſtimatio überhaupt und ſo insbeſondere hier nicht nur eine Natur ſondern eine ſolche Natur habe, daß ſie, als ausnahmwirkende Urſache auftreten kann — wir wollen jetzt nur genauer zuſehen, was Eh. als Ausnahme denkt und wie er es denkt. „Wenn ich, ſagt der Juriſt, dich um den Verkauf meiner Sache „gebeten habe, ſo trage ich die Gefahr. Das iſt der Fall, wo die Ae„ſtimation, wenn auch nicht ausſchließlich, (denn dann wäre ein Trödel„contract nicht mehr vorhanden) doch vorzugsweiſe, wie bei dem Mandat „zu dem Zweck vorgenommen wird, um dem Empfänger der Sache anzugeben, „wie theuer er verkaufen ſoll. Wenn dagegen, heißt es weiter, du mich um „die Erlaubniß, meine Sache zu veräußern, gebeten haſt, ſo fällt dir das pe„riculum casus zu; dies iſt der Fall, wo die Aeſtimation ebenfalls nicht „ausſchließlich, aber ebenfalls vorzugsweiſe den Preis beſtimmt, den der „Trödler zu zahlen hat.“ Ganz unſeren Quellen treu läßt Eh. die Gefahr in denjenigen Fällen beim Geber, wo der Anſtoß zum Geſchäfte von ihm ſelbſt ausgeht. Allein ſind das Ausnahmsfälle? wer vermag es zu zählen, ob im Trödelcontracte die rogatio öfter vom Geber oder öfter vom Empfänger ausgeht? Von Ausnahmsfällen in dieſem Sinne kann Eh. unmöglich ſprechen. Allein in der Jurisprudenz bedeutet Ausnahme nicht nur ein ſeltenes factum gegenüber dem gewöhnlichen, ſondern auch einen Rechtsſatz, der

in einem gewiſſen Verhältniß zu einem anderen Rechtsſatze ſteht. Vielleicht nun denkt Ch. an dieſe letztere Art von Ausnahme, ſo daß er nicht behauptet, der Anſtoß zum Trödelcontract gehe nur ausnahmsweiſe von dem Geber aus; wohl aber ſei der Satz, daß die Gefahr beim Geber bleibe, wenn der Anſtoß von ihm ausgebt, ein exceptioneller Rechtsſatz. Dieſe Exception müßte Ch. beweiſen. In der That ergibt ſich aus dem Zuſammenhalte ſeiner zuletzt apoſtrophirten Worte mit ſonſtigen Aeußerungen und Grundſätzen, daß er zu dieſer zweiten Art von Ausnahme hält, und faſt meinen wir, glaubt er ſie auch ſchon bewieſen zu haben. Die Aeſtimation bewirkt*), ſo denkt Ch. — Uebergang der Gefahr; das iſt Regel, Rechtsregel, ja Prinzip**). Mitunter bewirkt ſie das nicht; das iſt Ausnahme, exceptioneller Rechtsſatz. Alſo beruht auch der Nichtübergang der Gefahr im Trödelcontract auf einem exceptionellen Rechtsſatz. Da ein jeder Ausnahmeſatz aber ſich auf gewiſſe beſondere Vorausſetzungen gründet: unter was für beſonderen Vorausſetzungen geht im Trödelcontract die Gefahr nicht über? Die Quellen ſagen: wenn der Geber angefangen hat; Ch. ſagt es auch; allein das iſt ihm nicht genug, und kann ihm nicht genug ſein; denn dieſe Vorausſetzung hat nichts beſonderes. So greift er noch zu einer anderen Vorausſetzung, die er aber immer zugleich mit jener anderen vorkommen läßt. „Wenn ich — dich um „den Verkauf meiner Sache gebeten habe, trage ich die Gefahr. Das „iſt der Fall, wo die Aeſtimation — vorzugsweiſe — vorgenommen „wird, um dem Empfänger — anzugeben, wie theuer er verkaufen ſoll."

In dieſer Argumentation iſt nun Glied für Glied falſch. Um von unten aufzuſteigen: falſch iſt, daß irgend einmal im Trödelcontracte äſtimirt wird, um den Empfänger der Sache anzugeben, wie theuer er verkaufen ſoll; der Herr äſtimirt, damit der Trödler wiſſe, nicht wie theuer er verkaufen, ſondern wie viel Geld er heimbringen muß; wie theuer er verkaufe, das iſt ſeine Sache; das Recht auf Mehrerlös, unſerm Contracte weſentlich, wäre ſonſt undenkbar. Falſch iſt ferner der Ausnahmsſatz ſelbſt; nicht nur daß ſeiner die Quellen mit keiner Sylbe gedenken: es fehlt an aller Gelegenheit zu ſeiner Anwendung; in dem Falle, wo die Gefahr beim Herren bleibt, liegt ſo gar nichts beſonderes, daß auch der Satz, daß ſie bei ihm bleibe, nicht als Ausnahmsſatz gedacht werden kann; es iſt das größere Intereſſe des Herren an dem Geſchäfte,

*) S. oben Anm. S. 38.

**) S. 87. 88.

welches die Gefahr bei ihm festhält; daß hierauf die Regulirung des periculum gegründet wird, ist ganz im Geiste derartiger Bestimmungen, keine Besonderheit. In l. 11. cit., wo dieses mit größerer Ausdrücklichkeit hervortritt, hat Chambon, wie wir gleich eingangs sahen *), das vendendum dare als Kaufsmandat erklären müssen. Falsch ist aber endlich die Regel selbst, daß die aestimatio den Uebergang der Gefahr bewirke. Die aestimatio bewirkt nichts, also auch keine Gefahr. Wäre die aestimatio Ursache irgend einer größeren Haftung, wie könnte sie bald blos zur diligentia, bald zur Prästation des periculum verpflichten — sie, die doch immer eine und dieselbe ist. Es ist klar, daß die aestimatio nicht Ursache, wohl aber umgekehrt eine Wirkung des Gefahrüberganges genannt werden kann: man ästimirt, weil die Gefahr übertragen werden will, und zwar in ästimatorischen Contracten gewöhnlich deswegen; in einzelnen von ihnen, wie bei der dos aestimata, wenn nicht gar venditionis causa ästimirt wird, niemals anders; hier liegt dann in der aestimatio, immer noch nicht der Grund, sondern nur der Beweis des Gefahrüberganges. Prozeßualisch angesehen ist freilich der Beweis der Haftung, das paret oportere, nicht nur ein Grund der Haftung (der condemnatio), sondern ein so starker Grund, daß das bloße oportere neben ihm als ohnmächtig erscheint. Mehr kann Ulpian mit den Worten: Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit nicht sagen wollen.

Hier verlassen wir Chambon. Was unsere eigene Meinnng über das Verhältniß l. 1. §. 1. cit. zu den anderen Stellen anlangt, so ist sie bereits oben angedeutet. Der Trödler trägt bald die Gefahr, bald trägt er sie nicht: im einen wie im anderen Falle liegt weder eine Ausnahme, noch eine Regel; wohl aber liegt etwas besonderes darin, daß im Trödelcontract, der doch ein ästimatorischer Contract ist, der Empfänger weder immer, noch gewöhnlich das periculum trägt; auf diese Besonderheit nimmt Ulpian in l. 1. §. 1., weil er nicht vom Trödelcontracte allein, sondern von ästimatorischen Contracten im Ganzen und Großen spricht, keine Rücksicht. Diese Allgemeinheit der l. 1. §. 1. muß noch bewiesen werden. Wenn wir den Beweis versuchen, so geschieht es im Interesse eines Textes, der für unsere Contractsklage von derselben Bedeutung ist, wie die Realcontracte für unseren Contract. Wir meinen das oft angegriffene Prinzip um derselben l. 1. D. de aestimato.

*) S. Nr. 1.

Actio de aestimato proponitur, tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem: an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor: an ex conducto, quasi operas conduxissem: an mandati? Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus.

Die hervorgehobenen Worte geben eine Ungereimtheit. Wie kann so oft, als der Name eines Contractes ungewiß, so viel aber gewiß ist, daß eine Klage platzgreife, eine aestimatoria pr. v. actio platzgreifen? Wir lassen uns gefallen, eine pr. v. actio, aber eine aestimatoria pr. v. actio ist zu viel. So hat man denn auch in der That schon „aestimatoriam" gestrichen *). Aber wie der Text, so geht diese Emendation zu weit. Die Stelle bildet nebst §. 1. das Hauptstück des Ulpian'schen Commentars zu der aestimatoria; fast möchten wir behaupten, das einzige; ist vom Anfang der Stelle an bis zu dem schwierigen Satze von der edictalen propositio der aestimatoria im Allgemeinen, und insbesondere von dem Motive der propositio die Rede, so rückt nun der Commentator mit dem Worte: Quotiens etc. dem Edicte näher: wenn wir nicht irren, gibt er uns in den gesperrten Worten geradezu eine Paraphrase des Edicts; darauf weist das indirecte dandam etc. und die häufige Wiederkehr ähnlicher Erscheinungen in solchen Commentaren, die nicht das Ait Praetor selbst anführen. In dieser Paraphrase treten die zwei unzertrennlichen Stücke einer edictalen Klagsproposition hervor: die Aufstellung — und hier auch Bezeichnung — der Klage (das judicium dabo) selbst (dandam aest. pr. v. a.), und die Bestimmung der Fälle, für welche die Klage gegeben wird (quotiens — dari). Wenn wir nun aus ersterem Stücke „aestimatoriam" streichen, so wird gerade das kritische Wort vertilgt; und nicht nur das: man läßt statt der Aestimatoria, auf welche Rubrik und Eingangsworte und manche andere Dinge verweisen, eine praescriptis verbis actio, nämlich die civilis incerti in

*) Hotomannus F. Obs. ad jus civile. V. 16.

factum pr. v. actio ediciren, was doch der Prätor im ganzen Edict nicht gethan zu haben ſcheint *). — Sollen wir „praescriptis verbis“ ſtreichen? Das würde gar nichts helfen. Uns dünken die Worte „aest. pr. v. a.“ echt, wir änderen an dem vorderen Stück der Paraphraſe: actionem in aestimationem. Das erſte Erforderniß aller Emendation: daß geholfen wird, wäre erfüllt; es leuchtet ein, daß eine aestimatoria pr. v. a. für alle Fälle proponirt werden möchte, in denen ein namenloſer, aber äſtimatoriſcher, alſo ein äſtimatoriſcher Innominatcontract vorlag. Für die Richtigkeit der Emendation aber berufen wir uns zunächſt auf die ſachliche Seite. Es liegt an ſich ſehr nahe, daß nicht für das einzige vendendum dare „de aestimato“ edicirt wurde **); warum hätte ſich das Edict gegen andere äſtimatoriſche Innominatcontracte verſperren ſollen? Faſt in allen denjenigen Innominatcontracten, welche zur Rückgabe verpflichten, konnte dem Geber eine aestimatio zweckmäßig ſcheinen; wir mahnen beiſpielsweiſe an das equos experiendos dare l. 20. pr. D. pr. v. (19, 5). l. 8. D. pr. v. (19, 5) gibt wirklich einen Innominatcontract mit Aeſtimation, der nicht vendendum dare iſt (ſ. oben Nr. 3. Not. *); heutzutage liegt nichts näher als die Zuſendung der Buchhändler zur Einſicht nebſt Rechnung. Daß das Edict auch wirklich an mehr als Einen Fall dachte, zeigen nicht nur die ſicheren Worte „quotiens de nomine contractus alicujus ambigeretur“ ſondern auch jenes magis dubitatum d. h. es wurde vorzüglich bei dem vendendum dare, alſo auch in anderen Fällen gezweifelt. Was endlich die ſprachliche Seite der Emendation anlangt, ſo kann aestimationem dari nicht befremden l. 8. cit. — tunc enim datam aestimationem reddi a domino oportere. — Convenisset ſtünde allerdings beſſer als conveniret; anderſeits paßt conveniret als Uebereinkunft von Paciſcenten beſſer, als ein totiens zu erwartendes Placet der Juriſten. Das iſt nicht zu läugnen, daß „Zweifel was für ein Contract“ einerſeits, und „Entſchiedenheit, daß doch irgend eine Klage“ anderſeits, ſehr für ſich ſtimmen; allein möchte nicht gerade das die Schreiber auch „geſtimmt“ haben? Genauer betrachtet iſt dieſer Gegenſatz nicht nur nicht ſcharf, ſondern lahm. Iſt einmal ein contractus da, ſo verſteht ſich das Daſein einer Klage von ſelbſt.

---

*) Die Edict-Commentarſtücke über die pr. v. actio l. 17. l. 18. l. 19. Dr. pr. v. (19, 5) ſind Fortſetzung der Commentare über die actiones commodati, depositi, emtivendili.

**) Wie z. B. Vangeron Pand. §. 599. Anm. 1. annimmt.

Hiernach bezieht ſich der folgende §. 1: aest. autem facit periculum ejus qui suscepit, auf alle äſtimatoriſchen Innominatcontracte. —

Unſere Aufgabe iſt fertig; aber Eines zieht das Andere nach ſich: Aestimatio autem etc. Warum autem? Der Commentar de aestimato folgt auf eine Reihe bonae fidei judicia; er vergleicht dieſe ſeine Aeſtimatoria mit den ſchon abgehandelten b. f. judiciis; alles wie dort; nur (autem) in Einem Stück Unterſchied: mit der Condemnatio ſteht es hier etwas anders: periculum pflegt den Empfänger nicht zu abſolviren; denn aus der aestimatio erſieht man den Uebergang der Gefahr. Was wir oben über den Unterſchied von Grund des oportet und Grund des paret geſagt haben, dürfte durch den Zuſammenhang des Satzes, nicht mit Contracten, ſondern mit Contractsklagen, gewonnen haben.